جامعة الجزائر
كلية الحقوق والعلوم الإدارية
بن عكنون

الوساطة في المعاملات المالية
السمسرة

بحث لنيل درجة ماجيستير في القانون
فرع العقود والمسؤولية

إعداد
أحمد بن مداني

تحت إشراف الأستاذ
حميد بن شنيتي

2002

اهداء

الى روح والدي الطاهرة
الى امي احساناو وفاء برا و شكرا
الى اساتذتي الأجلاء
الى اهلي جميعا
الى كل طالب علم

أهدي هذا العمل المتواضع

و اني التمس العذر من كل قاريء ان وجد تقصيرا او ثغرة في جانب من الجوانب ,لأن الكمال هو صفة من صفات الله لا تتوافر لانسان

و ارجو من الله القبول

مقدمة

تعد المعاملات المالية في الوقت المعاصر من أعقد العمليات على الإطلاق، و يزداد هذا الأمر تعقيدا في دنيا الأعمال نتيجة انفتاح الأسواق العالمية أمام الجميع، و ظهور الشركات المتعددة الجنسيات، كما ازداد ذلك مع التقدم الصناعي و التكنولوجي المعاصر في مجال الإنتاج، و الذي أدى إلى ظهور العديد من السلع و المنتجات المنطوية على الدقة في الاستعمال و التقنية العالية في الصنع، و هو ما زاد في خطورتها. كما صعب على غير المتخصص في ذات المجال الإلمام بخصائصها، و مكوناتها، و العلم الكافي بها بما يسمح له باستعمالها الاستعمال الأمثل، و الانتفاع بها على الوجه الأكمل، و تجنب مخاطرها[1].

و إذا كانت طرق الدعاية و الترويج كافية في بعض الحالات للالتقاء المباشر بين البائع و المشتري، فإن دقة المعاملات المالية المعاصرة و خصائص بعض العقود ذات الأهمية المالية العظيمة مثل عقود التنقيب عن المعادن و البترول، و عقود التوريدات الضخمة، وعقود الإنشاءات الهندسية و عقود نقل التكنلوجيا وعقود التعامل في القيم المنقولة جعل من هذا الالتقاء المباشر بين البائع و المشتري، المورد و المصدر، المنتج والمستهلك، شبه مستحيل، كما لا تكفي الدعاية التقليدية لحصوله، خاصة إذا علمنا أن هذه العقود تتولى تنفيذها شركات متعددة الجنسيات، لا سيما بعد توقيع اتفاقية الجات G.A.T.T وما تهدف إليه من حرية التجارة العالمية، و ما صاحب ذلك من عقبات في اللغة القانونية المستعملة لاختلاف الثقافة القانونية للمتفاوضين إذ تستدعي عملية التفاوض حوارا بين ثقافات قانونية متباينة [2].

إن هذا التعقيد الراجع إلى أهمية العقود و إلى تباين الثقافات القانونية هو الذي يستدعي تدخل وسطاء متخصصين يتمتعون بقدرات فنية و خبرات علمية من شأنها تذليل هذه التعقيدات أو الصعوبات، نظرا لتخصصهم و خبرتهم العلمية و الفنية في مجالات معينة، تجعلهم :

<u>أولا</u> : أقدر من غيرهم على إيجاد المتعاقد الرغوب و الأصلح من بين الشركات المنافسة.

---

[1] - د ممدوح محمد مبروك ، أحكام العلم بالمبيع و تطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنلوجيا المعاصرة وفقا للقانون المدني المصري و الفرنسي و الفقه الإسلامي ، المكتب الفني للإصدارات القانونية ،طبعة سنة 2000 صفحة 2 و 3. و الدكتور حمدي أحمد سعد الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع ، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري و الفرنسي و الفقه الإسلامي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، طبعة 1999 صفحة أ – ب – ج .

[2] - د محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ،دراسة مقارنة في القانونين المصري و الفرنسي، النشر الذهبي للطباعة يسرى حسين إسماعيل القاهرة سنة 1995 صفحة 4.

ثانيا : أقدر على تولي المفاوضات بين الطرفين هذه المفاوضات التي لا بد منها في كل عملية تعاقدية كبيرة و معقدة.

ثالثا : أقدر على تقديم المشورة للطرفين المتفاوضين، سواءا أكان ذلك في المجال القانوني والمالي أو في المجال التجاري و الصناعي أو في مجال التشييد و البناء.

رابعا : أقدر على حماية المستثمرين من استغلال المضاربين المحترفين[3].

و إذا كان الوكيل، سواء عاديا أو بالعمولة من شأنه تحقيق بعض هذه المزايا، إلا أنه لا يستطيع في كثير من الأحيان إيجاد المتعاقد المطلوب و المرغوب من طرف موكله، كما أنه لا يبحث في الأصل عن متعاقد، و إنما يتوجه إليه مباشرة، بعد تحديده من طرف الموكل، وهذا يقتضي أن يكون هذا الأخير قد وجد الشخص الذي يرغب في التعاقد معه، و لكن هذا غير مستساغ في أغلب الحالات فكثيرة هي الحالات التي يكون فيها أحد الأشخاص مضطرا للبحث عن شخص يقبل التعاقد معه.

و لذلك لا مناص من الالتجاء إلى وسيط آخر يسمى اصطلاحا بالسمسار و الذي لا يكتفي بإيجاد المتعاقد المرغوب و المطلوب، بل و إدارة عملية التفاوض بين الطرفين للوصول إلى إبرام العقد النهائي المنشود.

و لهذا فما من صفقة كبيرة ناجحة إلا و كانت عن طريق وساطة أحد المتخصصين (الخبراء) المتمرسين و هم الوسطاء السماسرة.

و قد برزت في الوقت المعاصر عدة صور لعقود الوساطة و السمسرة، كالوساطة في بيع و شراء و إيجار العقارات أو ما يسمى بالوكالات العقارية، و الوساطة في عقود نقل التكنلوجيا، و الوساطة في الإستراد من الخارج ، و الوساطة في بيع و شراء السيارات (المعارض)، و الوساطة في بيع و شراء الأسهم و السندات، و الوساطة في بيع و شراء اللاعبين الرياضيين...الخ

و نظرا لهذه الأهمية للوساطة في المعاملات المالية، و نظرا لأن المشرع الجزائري لم ينظم عقد الوساطة (السمسرة) ضمن العقود التجارية و ما يخلق ذلك من لبس في مجال تكييف هذا العقد لتردده بين عدة عقود ، نظرا لكثرة ما يقع فيه المتعاملين في حقل التجارة من لبس و غموض حول تحديد الالتزامات الملقاة على كل طرف و الحقوق التي يحصل عليها من عقد الوساطة نتيجة غياب نصوص تدعم هذا العقد، كل ذلك وغيره، كان من دواعي هذا البحث في محاولة منا لإلقاء الضوء على هذا العقد، ووجوب تنظيمه قانونا و إزالة الفراغ التشريعي القائم.لهذه الأسباب تم اختيار هذا الموضوع، ونتناوله على هذا الأساس كمايلي/

J [3]- د حسين حسن البراوي ، عقد تقديم المشورة دار النهضة العربية، طبعة 1998 صفحة 1 – 2.

خـطـة الـبـحـث :

نتناول عقد الوساطة من خلال فصلين و خاتمة.

فالفصل الأول من الدراسة نتناول فيه عقد الوساطة بوجه عام و كيفية إبرامه، من خلال الوقوف على تعريف عقد الوساطة و خصائصه، و تكييفه و كيفية إبرامه، و بيان لأهم تطبيقات عقد الوساطة في المعاملات المالية المعاصرة.

و الفصل الثاني نتناول فيه آثار عقد الوساطة و انتهائه، من خلال بحث التزامات أطراف عقد الوساطة و طبيعة هذه الالتزامات و المسؤولية المترتبة عن الإخلال بهذه الالتزامات.

ثم نتطرق إلى انتهاء عقد الوساطة مبرزين الطرق الخاصة لإنهاء عقد الوساطة إلى جانب طرق الانتهاء المقررة في القواعد العامة.

و على ذلك فإننا نقسم الدراسة إلى فصلين على النحو التالي :

الفصل الأول : ماهية عقد الوساطة وابرامه

الفصل الثاني : آثار عقد الوساطة وانتهائه

الفصل الأول

في

ماهية عقد الوساطة و ابرامه

سبق البيان أن المشرع الجزائري لم ينظم عقد الوساطة موضوع البحث (السمسرة) و إنما أشار إليه في بعض النصوص الخاصة المتفرقة, هذا على الرغم من أنه نظم الوكالة التجارية و الوكالة بالعمولة و الوكالة العادية.

و إذا كان مجال دراستنا هو عقد الوساطة أو السمسرة، للأهمية التي يحظى بها هذا العقد في مجال المعاملات المالية المعاصرة، فإنه يتعين بادئ ذي بدأ تحديد ماهية هذا العقد و هذا من خلال تعريفه و بيان خصائصه، و بعد تحديد الماهية الكاملة لعقد الوساطة أو السمسرة، نأتي إلى مسألة تكوين هذا العقد و شروط صحته، ذلك أن العقد أي عقد لا ينتج آثاره القانونية إلا بعد تكوينه، و أن هذه الأثار الناشئة عنه بعد هذا التكوين لا تستقر إلا إذا كانت إرادة الطرفين سليمة خالية من عيوب حددها القانون.

ولهذا نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول:ماهية عقد الوساطة

المبحث الثاني: ابرام عقد الوساطة

المبحث الأول

في

ماهية عقد الوساطة

مما لا شك فيه أنه إذا كان يحق للمتعاقدين أن يرتبوا علاقاتهم التعاقدية كما يشاؤون طبقا " لمبدأ حرية التعاقد "، فإنه يعود للمحكمة تحديد وصف و طبيعة العقد، عاى ضوء بنوده و مندرجاته، و على ضوء حقوق و التزامات المتعاقدين، دون الإلتفات إلى التسمية التي يعطيها له الطرفان، إذ ليست المحكمة مقيدة بالوصف الذي يعطى للعقد ، إذا تبن لها أن ذلك الوصف الخاطئ لا ينطبق على حقيقة العقد، فتعطي بالتالي للعقد الوصف الحقيقي و تعمل آثاره.

و على هذا تبرز أهمية تعريف العقد و بيان خصائصه, و ما الخطأ الذي يقع في المتعاقدان في وصف العقد الذي يبرمونه إلا نتيجة لعدم معرفتهم بتعريفات العقود التي يقدمون على إبرامها , و نفس الأمر يطرح بنسبة للأحكام الفاصلة في المنازعات التي تطرح أمام المحاكم,إذ غالبا ما تكتفي هذه الأحكام بالوصف الذي يعطيه الطرفان للعقد دون الأخذ بالوصف الحقيقي علما أن مسألة تكييف العقد و وصفه هي من النظام العام وهو ما يجعل تلك الأحكام قاصرة عن حل المنازعات المطروحة عليها الحل السليم.

كل ذلك سببه هو عدم الإهتمام بتعريف العقد المزمع إبرامه أو المطروح في النزاع الإهتمام الأليق و عدم الإلمام بخصائصه،و لذلك يجدر بنا أن نتناول هذا المبحث في المطالب التالية :

المطلب الأول : تعريف عقد الوساطة (السمسرة) وخصائصه

المطلب الثاني: اثبات عقد الوساطة (السمسرة) و تكييفه

المطلب الأول
تعريف عقد الوساطة وخصائصه

- تعريف عقد الوساطة:

أولا : تعريف العقد عموما :

العقد هو : " توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني " سواء كان ذلك الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إلغائه، فهو عمل قانوني يتميز عن غيره من الوقائع القانونية بأنه يتكون من إرادة فحسب، أي أن اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني يتم بمجرد اتجاهها إليه دون اقتران هذا الاتجاه بأي عمل مادي خلاف غيره من الوقائع القانونية التي لا بد فيها من عمل مادي سواء اقترن بالإرادة أم لم يقترن، ففي البيع مثلا تتجه إرادة البائع نحو التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري و كسب الحق في الثمن و تتجه إرادة المشتري نحو التزامه بالثمن و كسب الحق في ملكية المبيع، و كل هذه الآثار و ما يتبعها تحدث نتيجة لاتجاه إرادتي البائع و المشتري نحوها و توافقهما عليها، دون حاجة إلى أي فعل مادي كوضع اليد على المبيع أو دفع الثمن[4].

و لفقهاء الشريعة الإسلامية تعريفات عديدة للعقد منها أنه " عبارة عن انضمام كلام أحد العاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره في المحل شرعا "

و منها أنه " عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه "[5] .

ثانيا : تعريف عقد الوساطة :

للوساطة معان فهي تطلق على العمل الذي يقوم به الوسيط، يقال توسط بينهم أي عمل الوساطة، كالإصلاح بين المتخاصمين، إذ يطلق الوسيط على المصلح و المتوسط بين المتخاصمين. و في معناه المتوسط بين العاقدين[6].

و هذا المعنى الأخير هو المتعلق بموضوع الدراسة في هذا البحث.

---

[4]- د سليمان مرقس, شرح القانون المدني, في الالتزامات, المطبعة العالمية, القاهرة, ,طبعة سنة 1964. صفحة 23

[5]- د عبد الرحمن بن صالح الأطرم, الوساطة التجارية في المعاملات المالية ,دار إشبيليا للنشر و التوزيع, الطبعة الأولى 1416 هـ - 1995 م, صفحة 37.

و د عبد الرزاق السنهوري, مصادر الحق في الفقه الإسلامي, دراسة مقارنة بالفقه الغربي ,دار الفكر للطباعة و انشر والتوزيع, ا لمد الأول, ص 40.

[6]- د عبد الرحمن بن صالح الأطرم, المرجع السابق, ص 39 – 40.

و لقد ورد لفظ الوساطة في العديد من النصوص في القانون الجزائري، منها نص المادة 2 فقرة 14 من القانون التجاري و هي بصدد تحديد الأعمال التجارية بحسب موضوعها.

كما ورد هذا المصطلح في المادة 424 من قانون العقوبات قبل إلغائها و هي بصدد تحديد الأعمال التي تشكل المخالفة ضد التنظيم النقدي. كما ورد هدا اللفظ في نصوص خاصة منها الرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993 ببورصة القيم المنقولة.

و أبرز الأسماء المستعملة للوساطة هو " السمسرة " و لقد ورد مصطلح السمسرة في المادة 2 فقرة 13 من القانون التجاري و هي بصدد تحديد أنواع الأعمال التجارية بحسب موضوعها، في الوقت الذي نصت فيه المادة المذكورة على عمليات التوسط باعتبارها عمل تجاري بحسب الموضوع، و في الأصل أن كل سمسرة هي عملية توسط.

و عقد الوساطة بهذا المعنى أو بالمعنى الآخر و هو السمسرة هو " عقد على عوض معلوم للوسيط مقابل عمل يجريه بين طرفين، لا نيابة عن أحدهما "[(7)].

و يتضح من هذا التعريف أن ليس كل متدخل في إبرام العقود يعد وسيطا حسب المفهوم الاصطلاحي للوساطة، فيخرج من هذا المفهوم الوكيل، و الوكيل بالعمولة، ذلك لأن الوكيل – سواءا كان وكيل عادي أو وكيل تجاري – إنما يبرم التصرف باسم و لحساب الأصيل، فهو ليس وسيطا بين الموكل و المتعاقد الآخر، فإرادة النائب الوكيل تحل محل إرادة الأصيل فيكون النائب معبرا عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، و من ثم هو ليس مجرد وسيط بين الموكل و المتعاقد الآخر[(8)].

و كذاك الوكيل بالعمولة، فهو يبرم التصرف باسمه و لحساب موكله مقابل عمولة يأخذها من هذا الأخير.

كما أن الوكيل لا يلعب أي دور من أجل التقريب بين المتعاقدين و تسهيل هذا التعاقد من طريق إزالة العقبات التي تعتري عملية التعاقد.

و يرى البعض أن عقد السمسرة هو واحد من بين عقود التوسط التجاري إلى جانب عقد الوكالة التجارية و عقد الوكالة بالعمولة[(9)].

---

[7]- الدكتور عبد الرحمن بن صالح الأطرم, المرجع السابق, ص 43.

[8]- René Rodiere ; cours élémentaire de droit commerciale contrat commerciaux Fallites ; 2eme Année ; série 1972 ; page 7.
Jean Pierre le Gall ; droit commerciale ; les effets ; les contrats commerciaux renflouement ; et liquidation des entreprise ; 6 édition ; Dalloz 1983 ; P 51.

[9]- الدكتور إدوار ,عيد العقود التجارية و عمليات المصارف, مطبعة النجوى, بيروت, طبعة 1968, صفحة 279 .

على أن الوسيط الحقيقي هو الذي يقوم بدور فاعل يتمثل في التقريب بين شخصين يرغبان في التعاقد و إجراء المفاوضات بينهما و لذلك فإن تعريف عقد السمسرة هو المرادف لتعريف الوساطة(10).

و لقد وردت عدة تعريفات لعقد السمسرة منها بأن " ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه و هو السمسار بأن يسعى لإيجاد شخص يقبل التعاقد مع الطرف الثاني لعقد سمسرة وذلك مقابل أجر يسمى عمولة السمسرة "(11).

ومنها أنه " عقد يلتزم السمسار بمقتضاه بالسعي في إتمام صفقة معينة لمن وسطه وذلك في مقابل أجر "(12).

ومنها أيضا " الإتفاق الذي يبرمه السمسار مع من وسطه للسعي والبحث عن طرف آخر يرغب في إبرام العقد أو إتمام الصفقة المراد إبرامها مع بذل الجهد لتعريف كل طرف بشروط الطرف الآخر، والسعي للتقريب بين وجهات النظر، وذلك نظير الحصول على السمسرة أي العمولة التي يتم تحديدها في العقد "(13). ولفظ السمسرة فارسي معرب(14).

وقد يتلقى السمسار الوسيط الأمر من أحد الأطراف أو من كليهما, ومثل ذلك أن يسعى السمسار للبحث عن مشترين لسلعة معينة يكون قد سبق توسطه للبحث عن بائعين لهذه السلع(15). وتسمى السمسرة في هذه الحالة " بالسمسرة المزدوجة" مقابل "السمسرة البسيطة "(16).

و الدكتور أكثم أمين الخولي العقود التجارية الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة مطبعة نهضة مصر الفجالة القاهرة صفحة 161.

10 - Georges Ripert : traité élémentaire de droit commerciale édition par René Roblot Paris Libraire générale de droit et de juris proudence 1979 page 243.

الدكتورة نادية فضيل القانون التجاري الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية , ط, 2001 ص 74.

11- الدكتور فايز نعيم رضوان الوجيز في العقود الجارية دار النهضة العربية طبعة 1998 صفحة 199.

12- الدكتور مراد مير فهم القانون التجاري العقود التجارية و عمليات البنوك منشأة المعارف بالإسكندرية جلال حزى و شركاه طبعة سنة 1982 صفحة 54.

13- الدكتور مختار أحمد بريري قانون المعاملات التجارية العقود التجارية: الأوراق التجارية، الإفلاس دار النهضة العربية طبعة 1996 صفحة 119.

14- الدكتور عبد الرحمن بن صالح الأطرم المرجع السابق ص 54.

15- د مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 201.

16- د فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص 201.

-خصائص عقد الوساطة :

يخلص من تعرف عقد الوساطة أنه عقد رضائي ملزم الجانبين، وأنه عقد معاوضة,كما أنه عقد محدد القيمة .

1) **عقد رضائي و عقد ملزم للجانبين** :

فهو يتم بمجرد اتفاق الطرفين، ولا يحتاج في الأصل إلى أي إجراء شكلي، فهو يتم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول بين طرفيه العميل السمسار و تطابقهما.

وهوعقد ملزم للجانبين , يرتب التزامات في ذمة طرفيه و هما الموسط و الوسيط السمسار فيلتزم الموسط بالعمولة المتفق عليها اتجاه الوسيط و يلزم هذا الأخير بأداء العمل الذي تعهد بأدائه، و لذلك فإن عقد الوساطة هو عقد ملزم للجانبين.

أما الطرف الآخر الذي يتعاقد مع الموسط نتيجة لوساطة الوسيط السمسار فإن عقد الوساطة لا يرتب في مواجهته أي التزام لا اتجاه الموسط و لا اتجاه الوسيط السمسار كأصل عام.

لكن قد يحدث أن يفوض الوسيط السمسار من طرف الطرفين البائع و المشتري مثلا وهذا لكي يقوم بعملية التفاوض بينهما لازالات العقبات التي قد تحول دون التوصل إلى الاتفاق النهائي[17] أو لتعريف كل طرف بإمكانيات الطرف الآخر و القيام بالإخبارات اللازمة عن الشيء محل التعاقد، و الإفضاء بالصفة الخطرة لهذا الشيء ، ذلك أن كل متعاقد يقع على عاتقه الالتزام بالإعلام أي إعلام الطرف الآخر بالشيء محل التعاقد و على سبيل المثال نصت المادة 352 مدني جزائري على أن **« يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه ».**

و هي تقابل نص المادة 1/419 مدني مصري. ذلك أن المشتري عادة ما يكون مستهلكا عاديا قليل الخبرة و الدراية فله بالتالي الحق في العلم المبيع، ففرض على البائع التزاما بإعلامه ، إذا لم يستطع الاستعلام عن المبيع من تلقاء نفسه أو بواسطة سمسار يكون متخصصا.

و لكن في بعض الأحيان يكون كل من أطراف العلاقة التعاقدية بحاجة إلى الإعلام. ففي عقود الاستثمار يلتزم المستثمر بالإعلام عن قدراته الفنية و الإمكانية المادية، و تلتزم

---

[17]- د مختار أحمد بربري المرجع السابق ص 119.

الدولة طالبة الاستثمار بالإعلام عن مميزات السوق لديها، و عن القوانين التي تدعم الاستثمار و غير ذلك من الشروط التي يجب أن يعلم بها الأجنبي المستثمر.

و هنا يأتي عمل الوسيط السمسار المفاوض الذي يكون عالما بقدرات و إمكانيات الطرفين، فيخبر هذا بإمكانيات الطرف الآخر، ويخبر الأخر بإمكانيات الأول ليجري التفاوض على أسس من البيان و الشفافية في المعاملات المالية[18] وسنأتي إلى تفصيل ذلك عند التطرق لآثار عقد الوساطة.

2) عقد الوساطة عقد معاوضة :

إن كل من طرفي عقد الوساطة يأخذ مقابلا لما يلتزم به، فهو ليس عقدا من عقود التبرع، و يترتب على اعتباره عقد معاوضة، أنه يعتبر بحسب أصله من الأعمال الدائرة بين النفع و الضرر. و لذلك فإن هذا التصرف يعتبر بالنسبة للعميل الصبي ناقص الأهلية قابلا للإبطال لمصلحته في القانون المدني، و عقد موقوف في الفقه الإسلامي، أما بالنسبة للوسيط السمسار فإن الأمر يختلف بالنسبة إليه، إذ يجب أن تتوافر لديه أهلية اكتساب صفقة التاجر لاحترافه مهنة السمسرة و التي تعتبر من الأعمال التجارية بحسب الموضوع.

3) أنه عقد محدد القيمة :

يعتبر العقد محدد القيمة إذا كان كل طرف فيه يستطيع أن يحدد وقت انعقاده القدر الذي أخذ و القدر الذي أعطى، و لو كان القدران غير متعادلين، ففي عقد البيع مثلا يستطيع البائع من وقت التعاقد أن يتبين قدر المبيع الذي يلتزم بنقل ملكيته و الثمن الذي يشترط أن يدفع إليه، كما يستطيع المشتري أن يتبين ذلك أيضا إلا في البيع الجزاف .

و يعتبر العقد الذي لا يعرف أي من طرفيه أو أحداهما مقدار ما يأخذ و مقدار ما يعطي عند إبرام العقد، عقدا احتماليا، فيتحدد مدى الكسب أو الخسارة في المستقبل عند تحقق أمر معين غير معروف لحظة حصوله، أو غير محقق في ذاته، كما في عقد التأمين على الحياة، و الظاهر أن هذا العقد لا يستطيع فيه الطرفان أن يتبينا وقت عقده مدى الأقساط التي ستستحق في ذمة المؤمن له و لا مدى التزامات المؤمن، أو على الأقل وقت حلولها،فقد تطول حياة المؤمن له فيزيد عدد ما يد فعه من أقساط التأمين،وتزيد بالتالي جملة المبالغ التي يدفعها

---

[18]- د. ممدوح محمد مبروك المرجع السابق ص 45.

و قد يموت مبكرا فلا يدفع ألا أقساطا قليلة. أي أن العقد يكون عند إبرامه منطويا علي احتمال الربح و الخسارة لكل من طرفيه.

و إذا طبقنا هذا الكلام كله على عقد السمسرة نجد أن كلا من الموسط و الوسيط يستطيعان وقت انعقاده تحد يد القدر الذي يخذه و القدر الذي يعطيه كل طرف، فالوسيط السمسار يستطيع وقت التعاقد تحديد العمل الذي تعهد بالقيام به للموسط ، مقابل ما يا خذ من عمولة عن إنجازه هذا العمل و إتمامه.

وكذلك يستطيع العميل وقت التعاقد تحديد العمل الذي سيحصل عليه و العمولة التي سيدفعها،ولذلك فان العقد لا يعد عقدا احتماليا، بل عقدا محددا.

والملاحظ أن هناك فرق بين العقد الاحتمالي و الالتزامات المعلقة علي شرط، فإذا كان التزام الموسط العميل بدفع العمولة معلقا على شرط قيام الوسيط بالعمل و الذي انتهى إلى إبرام العقد المتوسط فيه، فإن فشل الوسيط في العمل وعدم إبرام هذا العقد بالتالي نتيجة لمساعيه، ومن ثم عدم حصول الوسيط السمسار على مراده و هي العمولة فإن هذا لا يجعل من عقد الوساطة عقدا احتماليا ذلك لأن التعاقد منصب على العمل الذي تعهد الوسيط القيام به وليس على النتيجة التي قد يسفر عنها هذا العمل،وهي إبرام العقد النهائي.

فالنتيجة قد تتحقق و بالتالي يأخذ الوسيط السمسار العمولة و قد لا تتحقق لعدم عثوره على متعاقد مع العميل ومن ثم لا يستحق العمولة المتفق عليها. ولكن عقد الوساطة مع ذلك يبقى عقدا محددا القيمة ذلك أن الالتزام الناشئ عن عقد الوساطة ينشئ التزام بعمل في ذمة الوسيط السمسار ، و ليس التزام بنقل حق عيني أو بتسليم شيء.

و يرى البعض عكس ذلك بأن عقد السمسرة عقدا احتماليا لأن السمسار لا يستحق العمولة إلا إذا كلل مسعاه بالنجاح[19].

أما في الفقه الإسلامي فإن عقد الوساطة هو عقد احتمالي لاشتماله على الغرر والجهالة في عمل الوسيط إذ أن تمام عمله معلق على فعل غيره، فغايته غير معلومة، كما أن هناك جهل في مقدار الجهد المبذول من الوسيط و الزمان الذي يستغرقه و الأمكنة التي سيكون تردده عليها، و لكن هذا العزر لا يكون الا بالنسبة للوساطة المقدرة بالمدة. و هذا الغرر في الوساطة هو أمر نسبي مغتفر عند الفقهاء[20].

---

[19]- المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد التعليق على نصوص قانون التجارة الجديد رقم 17 سنة 1999 دار الفكر الجامعي طبعة سنة 2000 صفحة 647 .

[20]- د عبد الرحمن بن صالح الأطرم المرجع السابق ص 71 للمزيد من التفصيل.

المطلب الثاني
اثبات عقد الوساطة وتكييفه

- اثبات عقد الوساطة:

يثبت العقد في مواجهة السمسار بكافة طرق الإثبات، ولو تعلق الأمر بالتوسط في إبرام صفقة مدنية، فالسمسرة عمل تجاري دائما بالنسبة للسمسار المادة 2 من القانون التجاري الجزائري.

أما بالنسبة للعميل فيفرق بين ما إذا كان العقد الذي يطلب أن يتوسط السمسار في إبرامه تجاريا بالنسبة لهذا العميل، وهنا يجوز الإثبات في مواجهته بكل طرق الإثبات في المسائل التجارية ، وبين ما إذا كان العقد مدنيا، فلا يجوز الإثبات إلا باتباع وسائل الإثبات المدنية في مواجهة ذلك العميل وحده[(21)] كما هي مقررة في المادة 333 من القانون المدني الجزائري أي بالكتابة أو بما هو بمنزلتها إذا زادت قيمة العقد على النصاب المقرر لقبول بينة الشهود والقرائن.

فالسمسرة تكون عملا تجاريا دائما بالنسبة للسمسار ولو وقع مرة واحد، أي منفردة ولا تتسم بطابع المقاولة أو المشروع. وبغض النظر عن صفة السمسار تاجرا كان أم غير تاجر.

ولكن يذهب البعض إلى أنه يستلزم لتجارية السمسرة أن تقع في شكل مشروع أي مقاولة وفي هذه الحالة يكون السمسار تاجرا محترفا لأعمال السمسرة، ولذلك يجوز للشخص الذي وسطه اثبات العقد في مواجهته بجميع الطرق، أما إذا قام بعملية أو بعمليات سمسرة منفردة لا تتسم بطابع المقاولة أو المشروع فلا يعد السمسار تاجرا ويجب عندئذ اثبات العقد في مواجهته وفقا للطرق المعتادة المقررة لإثبات العقود المدنية[(22)].

والملاحظ أن هذه الآراء انطلقت من بعض النصوص القانونية التي نصت على مشروع السمسرة باعتباره عمل تجاري، مشترطة بذلك اتخاذ السمسرة شكل المشروع لاكتسابها الصفة التجارية ومنها نص المادة السادسة من قانون التجارة اللبناني.

---

[21]- د حمد الله محمد حمد الله، القانون التجاري الأوراق التجارية عمليات البنوك إلى الإفلاس العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 574.

[22]- د مراد منير فهيم، المرجع السابق، ص 56. و د جلال وفاء محمدين، المبادئ العامة في القانون التجاري والبحري، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيرو، طبعة سنة 1991، ص273. و د مصطفى كمال طه الوجيز في القانون التجاري منشأ المعارف الإسكندرية 1973 ص 300.

أما القائلين باكتساب السمسرة الصفة التجارية ولو كانت منفردة إنما انطلقوا أيضا من النصوص القانونية التي اعتبرتها كذلك ولم تشترط شكل المشروع أو المقاولة لاكتسابها هذه الصفة. ومنها نص المادة 2 فقرة 4 تجاري مصري، ونص المادة 13 فقرة 14 من القانون التجاري الجزائري التي نصت على **أنه "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه..." "كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة وكل عملية توسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم العقارية"** هذه النصوص لم تشترط شكل المقاولة لاعتبار السمسرة عملا تجاريا بحسب موضوعه، ولو أراد ذلك المشرع لفعل كما فعل في نفس النص بالنسبة لمقاولة التأمينات وغيرها[23].

ولكن لا يجب الخلط بين السمسرة أو الوساطة باعتبارها عمل تجاري بحسب الموضوع. وبين صفة السمسار القائم بها، فهذا الأخير قد يعد تاجرا أي محترفا وقد لا يعد كذلك، فهو يعد تاجرا متى احترف أعمال الوساطة أو السمسرة وأصبحت مهنته التي يرتزق منها أي يتخذ الوساطة حرفة معتادة له، كما نصت على ذلك المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري، ويترتب على ذلك أنه إذا مارس أعمال الوساطة بصفة منفردة فإنه لا يكتسب صفة التاجر، ولو كانت الوساطة تجارية، ولذلك فإنه في هذه الحالة لا يخضع للالتزامات التي تقع على عاتق طائفة التجار.

وأما إذا مارس أعمال الوساطة بصفته كمحترف لها فإنه يكتسب صفة التاجر، ومن ثم يخضع لالتزامات التجار وأهمها القيد في السجل التجاري. وإمساك الدفاتر التجارية. كما وأنه إذا توقف عن دفع ديونه فإنه يجوز شهر إفلاسه.

وتكون السمسرة تجارية في الرأي الراجح أيضا ولو تعلقت بالوساطة في ابرام صفقة مدنية كبيع وشراء العقارات عكس ما ذهب إليه البعض[24].

23- د نادية فضيل، المرجع السابق، ص 72. و د أحمد محرر القانون التجاري الجزائري الجزء الأول الطبعة الثانية 1980 ص 67.

24- د مراد منير فهيم، المرجع السابق، ص 56 وأيضا الدكتورة نادية فضيل، المرجع السابق، ص 72 والدكتور حلو أبو حلو، القانون التجاري الجزائري الأعمال التجارية والتاجر، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 135.

والملاحظ أن الوساطة أو السمسرة لا تعد تجارية إلا أن يكون الربح المتمثل في العمولة هو هدف الوسيط السمسار، أما إذا تعلق الأمر بأداء خدمة مجانية فإن هذا العمل لا يعد تجاريا لخروج كل أعمال التبرع من دائرة الأنشطة التجارية[25].

والسمسرة تعتبر عملا تجاريا بحسب موضوعه طبقا للمادة 2 من القانون التجاري المقصود بذلك أعمال السمسرة أو الوساطة في ذاتها، وهي من خصائص السمسار وحده، ولا شأن لعميله بها، ولذلك لا يمكن اعتبار السمسرة عملا تجاريا في حق السمسار وفي حق عميله سواء, وبحيث يقال أن هذا الأخير إذ يطلب وساطة السمسار في ابرام صفقة ما، يباشر عملا تجاريا هو الآخر.

وهو ما كرسته محكمة النقض المصرية في القرار الصادر في الطعن رقم 489 سنة 25 ق جلسة 1960/12/08 س 11 ص 620 حيث جاء فيه « **إنه و إن كانت السمسرة عملا تجاريا بطبيعته محترفا " كان السمسار أو غير محترف و مدنية كانت الصفقة التي توسط في إبرامها أو تجارية إلا أن هذا الوصف لا ينطبق و لا يتحقق إلا في شأن السمسار وحده لا يتعداه إلى غيره ممن قد يتعاملون معه ذلك أن النص في المادة الثانية من قانون التجار على اعتبار السمسرة عملا تجاريا إنما يراد به أعمال السمسرة أو الوساطة في ذاتها وهي من خصائص السمسار وحده و لا شأن لعميله بها و هو بذلك لا ينصرف إلى اعتبار السمسرة عملا تجاريا في حق السمسار و في حق عميله سواء و بحيث يقال أن هذه الأخير إذ يطلب وساطة السمسار في إبرام صفقة ما يباشر عملا تجاريا هو الآخر، و من ثم فإن عقد السمسرة يعتبر عملا تجاريا من جانب واحد هو جانب السمسار دائما و في جميع الأحوال و لا يجري عليه نفس الوصف بالنسبة للجانب الآخر و تبعا لطبيعة الصفقة التي يطلب السمسار التدخل في إبرامها و مؤدي هذا النظر أنه يرجع في الإثبات إلى القواعد القانونية العامة ومن مقتضاها أنه متى كان التعاقد بين تاجرين و لأعمال تجارية اتبعت في اثباته وسائل الاثبات التجاري و إن كان بين تاجر أو غير تاجر أو بين تاجرين ولكن لأعمال لا تتصل بالتجارة أو مدنية بطبيعتها أتبعت في إثباته وسائل الإثبات التجارية بالنسبة للتاجر و وسائل الإثبات المدنية لغير التاجر أو بالنسبة للتاجر الذي يعتبر العمل مدنيا من ناحيته و إذا كان ذلك و كانت الصفقة و التي يقول الطاعن أنه توسط في إبرامها و هي شراء أرض و مباني فندق, مدنية بطبيعتها و لا يغير من طبيعتها هذه كون الشركة المطعون عليها**

25- د. مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 120. و الدكتور محسن شفيق القانون التجاري الكويتي (العقود التجارية، الأوراق التجارية، الإفلاس) طبعة 1972 ص 54.

تباشر نشاطها التجاري فيه فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذا انتهى في نتيجته إلى رفض طلب إثبات عقد السمسرة بين الطاعن و الشركة المطعون عليها بالبينة ما دامت قيمته تجاوز النصاب الجائز إثباته بشهادة الشهود »[26]

- تكييف عقد الوساطة:

سبق البيان أن المشرع الجزائري لم ينظم أحكام عقد السمسرة، ضمن العقود التجارية، و اكتفى بالإشارة إلى تسميته بصفة عارضة، في نصوص مختلفة سواءا باسم الوساطة أو باسم السمسرة، و لذلك ينبغي تحديد العقود التي يندرج فيها هذا العقد أو يلتحق بها من بين العقود المسماة، حتى تسري عليه أحكامها، إذ أن تحديد طبيعة الالتزامات العقدية من حيث اللزوم و الجواز يتوقف بالدرجة الأولى على تحديد الطبيعة القانونية للعقد المبرم بين الوسيط السمسار و العميل، و مدى إمكانية إدراج هذا العقد ضمن أحد التكييفات القانونية القائمة.

و لا يخفى أن مسألة تكييف العقد مسألة أساسية لتحديد الإلتزامات و الحقوق المترتبة في ذمة طرفيه ذلك لأن العقود المختلفة لا تخضع لنفس الشروط كما لا ترتب نفس الآثار، بل إن هذه الشروط وتلك الآثار تختلف حسب نوعية العقد، و من ثم مهم جدا تحديد وصف و طبيعة العقد قبل النظر في أي مسألة أخرى , إذ تعتبر مسألة تكييف العقد عندئذ مسألة أولية يجب بحثها قبل التطرق لموضوع النزاع.

و كما سبق البيان، ليست المحكمة مقيدة بالوصف الذي يعطيه الفريقان للعقود المبرمة بينهما إذا تبين لها أن ذلك الوصف الخاطئ لا ينطبق على حقيقة العقد, فيحق لها أن تعطي العقد وصفه الحقيقي.

و يجب عدم الخلط بين مسألة تكييف العقد و التي تعتبر من النظام العام لا يجوز الإتفاق على مخالفتها, و مسألة تفسير العقد.

فالتكييف يعني إعطاء العقد وصفه الحقيقي المنصوص عليه في القانون أو بعبارة أخرى إعطاء العقد اسمه الحقيقي، حتى لو كان الأطراف أعطوه صراحة اسم آخر، متى تبين للمحكمة أن ذلك الوصف أو الإسم غير الحقيقي لا ينطبق على حقيقة العقد، على ضوء بنوده و مندرجاته.

أما تفسير العقد فتلجأ إليه المحكمة لتحديد آثار العقد و هذا عندما لا تكون الإرادة واضحة، و ذلك للكشف عن النية المشتركة للعاقدين المادة 111 من القانون المدني[1]

26- د أحمد حسين قضاء النقض التجاري منشأة المعارف بالإسكندرية جلال حزي و شركاه صفحة 37.

أما إذا كانت عبارات العقد واضحة (أي وضوح الإرادة) فلا يجوز الإنحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.[1]

و لما كان عقد الوساطة عقد ينصب على عمل مادي ثار التساؤل حول تحديد العقد الذي يندرج فيه عقد الوساطة أي السمسرة من ضمن العقود المسماة.

هل هو عقد وكالة أو عقد مقاولة أو عقد بيع خدمة، أم أنه عقد غير مسمى بالنظر إلى أن المشرع لم ينظم أحكامه و لم يدرجه ضمن العقود التجارية.

ولذلك نتناول هذا الطلب من خلال النقاط التالية :

أولا : عقد الوساطة عقد غير مسمى
ثانيا: عقد الوساطة عقد وكالة
ثالثا: عقد الوساطة عقد بيع خدمة
رابعا: عقد الوساطة عقد مقاولة

أولا: عقد الوساطة عقد غير مسمى:

العقد غير المسمى Contrat Innomé عقد لم يخصه القانون باسم معين، و لم يضع نصوصا تنظمه، و المشرع الجزائري لم ينظم عقد الوساطة أو السمسرة ضمن العقود التجارية التي تضمنها القانون التجاري في الباب الرابع منه و هي الرهن، عقد الوكالة التجارية و عقد النقل، و هو ما كان عليه الوضع في القانون المصري إلا أنه بصدور قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999 فإن عقد السمسرة صار منظما بشكل تام باعتباره مسمى ضمن العقود التجارية. هذا و إن كان المشرع الجزائري قد نص على الوساطة و السمسرة في المادة الثانية من القانون التجاري و قد قصد بذلك عملية التوسط أو عملية السمسرة بذاتها باعتبارها عمل من الأعمال التجارية بحسب الموضوع. و لم يقصد التصرف القانوني الذي هو مصدر هذا العمل التجاري. فهل عقد الوساطة هو عقد غير مسمى في القانون الجزائري ؟.

---

[1] د. سليمان مرقس المرجع السابق ص 210، 211.

إن فكرة العقد غير مسمى عند البعض ليست تكيفا للعقد بقدر ما هي هروب من هذا التكيف، و لا يؤدي إلى تكييف حقيقي. فهي تؤدي إلى تجنب أو تلافي المشكلة أكثر من حلها[27]. خاصة إذا كان التكييف ينصب على تصرف قانوني موضوعه يدخل ضمن طائفة عقود مسماة، و عقد الوساطة ينصب موضوعه على أداء عمل، فلماذا لا يكون عقد وكالة أو عقد مقاولة.

ثانيا: عقد الوساطة عقد وكالة:

عرف المشرع الجزائري الوكالة في المادة 571مدني بأنها « **عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه** » و عرفها المشرع المصري في المادة 699 مدني بأنها « **عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل.** »[28] وعرفها المشرع الفرنسي في المادة 1984مدني **بأنها « العقد الذي بمقتضاه يعطي شخص لأخر سلطة إبرام تصرفات قانونية باسمه و لحسابه »[29].**

فالوكالة عقد بمقتضاه يقوم الوكيل بتمثيل الموكل أمام الغير و يتعاقد باسم هذا الموكل و لحسابه بمقتضى السلطة المخولة له من الموكل.

فهل عقد الوساطة أو السمسرة عقد وكالة ؟

لقد اعتبرت محكمة النقض المصرية السمسار وكيل حيث عرفته في القرار الصادر بالطعن رقم 539 سنة 39 جلسة 1975/01/7 سنة 26 صفحة 124 بقولها: « السمسار هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – وكيل يكلفه أحد المتعاقدين بالتوسط لدى العاقد الآخر لإتمام صفقة بينهما بأجر يستحق له بمقتضى إتفاق صريح أو اتفاق ضمني يستفاد من طبيعة عمله عند نجاح وساطته بإبرام عقد الصفقة على يده »[30].

و لكن اعتبار الوسيط السمسار وكيلا أمرا غير مقبول لدى الكثير من الفقهاء لأن عقد السمسرة يختلف عن كل من عقد الوكالة و عقد الوكالة بالعمولة، إذ الوكيل إما أن يكون وكيلا تجاريا يتعاقد باسم و لحساب موكله، و إما أنه وكيل بعمولة فيتعاقد باسمه و لكن لحساب موكله.

---

[27]-د محمد عبد الطاهر حسين المسؤولية المدنية للمحامي اتجاه العميل دار النهضة العربية 1992 صفحة 93 .

[28]- د السنهوري الوسيط الجزء السبع ص 465.

[29]- JC civil FASCA mandat page 1.

[30]- د أحمد حسني قضاء النقض التجاري منشأة المعارف بالإسكندرية صفحة 221 و الدكتور المستشار محمد شتا أبو سعد المرجع السابق صفحة 684.

أما السمسار فتقتصر مهمته على التقريب بين طرفي العقد و العمل على إيجاد اتفاق بين إرادتهما دون أن ينوب عن إحداهما في إبرام العقد، و بالمثل يختلف مركز السمسار عن مركز الوكيل بالعمولة، لأن هذا الوكيل يوقع على العقد باسمه فيعتبر طرفا فيه على أن ينقل نتيجة العقد فيما بعد على موكله.

بينما لا يوقع السمسار الوسيط على العقد و لا يعتبر طرفا فيه، و لا شأن له بالحقوق أو الالتزامات التي تتولد عنه[31]. فضلا عن أن مهمة السمسار تتمثل في عمل مادي هو البحث عن متعاقد آخر يقبل التعاقد مع عميله، و التقريب بين وجهات نظر المتعاقدين إلى أن يتم إبرام العقد، على عكس الوكيل العادي أو الوكيل بالعمولة، حيث أن مهمتهما هي إبرام تصرف قانوني.

و قد يشترط الوسيط السمسار ذكر اسمه في العقد الذي نجح في توسط لإبرامه، كما قد يشترك في تحريره، و مع ذلك لا يكون العقد عقد وكالة إذ توقيع الوسيط السمسار إلى جانب أطراف عقد الوساطة لا يعني أنه أبرم هو العقد باسم عميله، متى كان هذا الأخير قد وقع على العقد، إنما يكون توقيع الوسيط السمسار في هذه الحالة عمل مادي فحسب، لا يعبر به الوسيط السمسار عن إرادته في إنشاء العقد و لا عن إرادة عميله، فقد يكون الدافع من إدراج توقيع الوسيط هو رغبة هذا الأخير في ضمان حقه في السمسرة أو العمولة، إذا كان عقد الوساطة الذي أ برمه مع العميل تم دون كتابة[32].

كما لا غير من طبيعة عقد الوساطة اعتبار الوساطة منصبة أيضا على عمل ذهني، وفكري و فني يتعهد الوسيط السمسار القيام به، إلى جانب الالتزام الأصلي الذي هو العمل على إيجاد من يقبل التعاقد مع العميل، كالالتزام بتقديم المشورة، و الالتزام بالإعلام أو الاستعلام، أو الألتزام بالتفاوض، فهذه الأعمال و إن كنت أعمال ذهنية و فكرية إلا أنها لا تعد من قبيل التصرفات القانونية، بل تعد أعمالا ماديا فحسب، و الوكالة لا تسري إلا على التصرفات القانونية دون الأعمال المادية[33].

و حتى أن محكمة النقض المصرية في قرار صادر عنه بتاريخ 1973/06/07 رقم 102 سنة 38 قضت بأن **« تختلف الوكالة التجارية عن أعمال السمسرة و تتميز كل منها عن الأخرى إذ يقتصر عمل السمسار على التقريب بين شخصين لإتمام الصفقة، دون أن يكون**

31- د موريس صادق الموسوعة التجارية دار الكتاب الذهبي سنة 1999 صفحة 358. و الدكتور فايز نعيم رضوان المرجع السابق ص 201. ود سمير الشرقاوي القانون التجاري الجزء الثاني دار النهضة العربية سنة 1984 صفحة 76 هامش 03. و الدكتورة نادية فضيل المرجع السابق ص 72.

32- د نعيم رضوان المرجع السابق صفحة 201.

33- د حين البراوي المرجع السابق صفحة 109.

له شأن فيما يتم التعاقد عليه، فهو لا يمثل أحد المتعاقدين و لا يوقع على العقد بوصفه طرفا فيه، أما الوكيل بالعمولة في الوكالة التجارية فإنه يتعاقد مع الغير باسمه دون اسم موكله و الذي قد يجهله المتعاقد الآخر و إن كان على الوكيل بالعمولة أن ينقل إلى ذمة موكله كل الحقوق و ما يترتب على العقد من التزامات »[(34)].

و السمسار ليس وكيل ممثل التجاري ولقد نصت المادة 1/34 من القانون التجاري على أنه "يعتبر عقد الوكالة اتفاقية يلتزم بواسطتها الشخص عادة بإعداد و إبرام البيوع أو الشراءات و بوجه عام جميع العمليات التجارية باسم و لحساب تاجر و القيام عند الإقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص و لكن دون أن يكون مرتبطا بعقد إجارة الخدمات"

و يتضح من هذا النص أن عقد الوكالة التجارية أو ما يسمى بوكالة العقود يأخذ صورتين:

الأولى: هي حالة الوكيل الذي يقوم بحكم مهنته الإعتيادية المستقلة و دون أن يكون مرتبطا بإجارة خدمة بالمفاوضة لإعداد عمليات البيع و الشراء و جميع العمليات التجارية أو يقوم بإبرام عمليات البيع و الشراء أو جميع العمليات التجارية باسم و لحساب موكله.

و الثانية: هي عندما يقوم الوكيل لحسابه الخاص ببيع ما يشتريه بناء لعقد يتضمن إعطاءه صفة الوكيل دون أن يكون مرتبطا بعقد إجارة الخدمات ([1])

و يطرح السؤال وبالنسبة للصورة الأولى هل الوكيل بالعمولة وكيل تجاري و يشمله بالتالي نص المادة 34 المذكورة ؟

في الحقيقة الوكالة بالعمولة تتميز عن غيرها من الوكالات التجارية بأن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصي، و لكن لحساب موكله خلاف الوكيل في الوكالة التجارية إذ يتعاقد باسم و لحساب موكله.

و يذهب البعض إلى وصف الوكالة بالوكالة بالعمولة لا يعتمد فقط على فكرة موحدة مفادها أن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصي، فضلا عن أن الوكالة قد تتخذ طبيعة الوكالة بالعمولة، بغض النظر عما إذا كان الوكيل قد عمل باسمه الشخصي، أو باسم موكله، إذ أن الوكالة تتميز عن غيرها من الوكالات بالإستناد إلى "طبيعة العملية" التي كلف الوكيل بالعمولة

---

[34]- الدكتور فايز نعيم رضوان المرجع السابق ص 201.

[1]د. إلياس أبو عيد، التمثيل التجاري، الجزء الأول، ص 53، مطبعةالمتني- التخويطة فرن الشباكن طبعة 1991 و أيضا HAMEL LAGREDE et JAUFFRET: traite de droit commercial, tome II editions DALLOZ; p 285.

القيام بها، فإذا كانت هذه العملية تجارية، كانت الوكالة وكالة بالعمولة بصرف النظر عما إذا كان الوكيل بالعمولة قد تعاقد باسمه الشخصي أو باسم موكله[1]

و يطرح السؤال بالنسبة للصورة الثانية, هل يعتبر وكيل تجاري من يقوم بأعمال تجارية لحسابه الخاص دون أن يكون مرتبطا بعقد إجارة الخدمات طبقا للمادة 39 من القانون التجاري ؟

في هذ الصدد يجب التفرقة بين الممثل التجاري le representant و الموزع concessionnaire commercial.

فالممثل التجاري تكون له بالتالي صفة الوكيل (Mandataire) طبقا للمادة 34 الفقرة الأولى

أما بالنسبة للموزع فيفرق بين حالتين مستقلتين عن بعضهما البعض:

الأولى: حالة المفوض بالبيع أي الموزع العادي (Distributeur agréé) .

و الثانية: حالة المفوض بالبيع بوجه الحصر (concession exclusive) .

فالمفوض بالبيع أي الموزع العادي هو الذي يشتري بضاعة ثم يبيعها ليحصل على الربح من فارق الشراء و البيع، و يحق له بيع بضاعة مماثلة للبضاعة المفوض ببيعها، بمعنى أنه غير خاضع للبند الحصري الذي يلزمه ببيع البضاعة موضوع عقد التفويض دون غيرها من بضاعة مماثلة، فيحق له بالتالي أن يكون مفوضا من عدة مفوضين للبيع.

بعكس المفوض بالبيع بوجه الحصر، اذ أن التفويض بالبيع بوجه الحصر يلزم عادة البائع من جهة و المفوض بالبيع من جهة أخرى، بتصريف بضاعة معينة داخل منطقة معينة، مع التزام حصري متبادل اتجاه الطرفين، وهو يحول دون إمكان البائع ببيع البضاعة المذكورة لغير المفوض بالبيع، كما يلزم هذا الأخير ببيع البضاعة موضوع العقد بمفردها دون إمكان تصريف بضاعة مماثلة تعود لشركات أخرى[1].

و من أمثلة الوكالة التجارية بمفهوم المادة 34 من القانون التجاري حسب الصورة الأولى , الوكلاء المعتمدون أو الممثلون التجاريون للشركات الأجنبية و المعتمدين من طرفها مثل الممثلين التجاريين لشركات صناعة السيارات و قد شهد هذا التمثيل انتشارا ملحوظا في الجزائر بحيث أصبح لكل شركة سيارات عالمية ممثلا لها في الجزائر يتخذ هذا الأخير عدة مقرات، أو عدة مكاتب عبر كافة أنحاء التراب الوطني و قد يكون لشركة واحدة عدة ممثلين

---

[1] د. إلياس أبو عيد المرجع السابق، ص 57 و كذلك د. محمود سمير الشرقاوي المرجع السابق ص 69.

لها في الولاية الواحدة، و كذا الوكلاء المعتمدين لشركات النقل البحري و شركات النقل الجوي، و الوكلاء المعتمدين لشركات التأمين[2].

و أمثلة الوكالة التجارية بمفهوم المادة 34 من القانون التجاري حسب الصورة الثانية: **((محطات بيع البنزين الخاصة))** بحيث يرمي هذا العقد إلى ممارسة نشاط تجاري يتمثل في شراء و بيع المحروقات و مشتقاتها بالإضافة إلى ممارسة أي نشاط مكمل و متمم للوجهة الأساسية للمشروع، بحيث يتعاقد شخص مع شركة المحروقات ليشتري المحروقات منها لإعادة بيعها لحسابه الخاص، و قد تقدم الشركة البائعة الخزانات و الكماليات و المضخات و الشعارات و الألوان إلا أن ذلك يتم على سبيل الدعاية و المساهمة في تسويق بضاعة الشركة، و لا يجعل من محطة البنزين تابعة للشركة البترولية ([3])

و لا يقتصر الأمر على محطات بيع البنزين بل أن ذلك يشمل أية عملية تجارية مهما كان محلها

و الفرق الوحيد بين هذه الصورة من المادة 34 تجاري و الصورة الأولى من نفس النص هي أنه في الصورة الأولى يتعاقد الوكيل أو الممثل التجاري باسم الموكل و لحساب هذا الأخير، بينما في الصورة الثانية فإن الممثل التجاري أو الوكيل لا يتعاقد باسم و لحساب موكله و إنما يتعاقد باسمه و لحسابه الخاص.

و من ثم يجب الرجوع لبنود العقد لتحديد ما إذا كان الممثل التجاري يتعاقد باسم و لحساب موكله، أم أنه يتعاقد باسمه و لحسابه الخاص.

و لكن يجب التأكيد إلى أنه مهما يضفي الفرقاء على أعمالهم القانونية من أوصاف قانونية، فإن ذلك لا يلزم المحكمة التي يبقى لها دائما سلطة إعطاء الوصف القانوني المناسب للعملية المطروحة عليها، فالوصف هو موضوعي منوط بقضاة الموضوع و القاضي يلجأ في ذلك إلى تفسير عبارات العقد الواردة في العمل القانوني عند وجود خلاف بين أطراف العقد على الوصف الحقيقي لهذا العمل القانوني، وهو يستند في ذلك إلى نص المادة 111 من القانون المدني الذي ينص على أنه: "إذا كان هناك محل لتأويل عقد انعقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة

---

[2] مرسوم تنفيذي رقم 340-95 في 95/10/30 المتعلق بالوكيل العام للتأمين.

[3] المحامي إلياس أبوعيد، المرجع السابق ص 142.

التعامل و ما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات"

فالقاضي يلجأ إلى سبرغور نية الفرقاء عند تنظيم العقد للوقوف على قصدهم الحقيقي الذي كان أساسا و حافزا للتعاقد، آخذا بعين الإعتبار قرينة حسن النية عند التعاقد و حسن النية مفترض وهو يستعين بالظروف التي رافقت إنشاء العقد و تنفيذه و بضوابط موضوعية تراعي الواقع المادي الذي كان أساس التعاقد فتتجلى أمامه مقاصد المتعاقدين الحقيقية و إرادتهم المشتركة التي أفرزت العقد .

واعتبار الشخص الذي يتعاقد باسمه و لحسابه الخاص وكيلا حسب الصورة الثانية من المادة 34 تجاري هو خروج على القواعد و المبادئ القانونية كلها ذلك لأن الشخص لا يمكنه التعاقد باسمه و لحسابه الخاص و يكون في ذات الوقت وكيلا عن المتعاقد معه. إنما يكون في البيوع مثلا مفوضا بالبيع و هذا التفويض ينطوي على حالتين مستقلتين الواحدة عن الأخرى:

- حالة المفوض العادي بالبيع (Distributeur agréé)
- و حالة المفوض بالبيع بوجه الحصر (concession exclusive)

و لذلك فإن المقصود بالوكيل حسب الصورة الثانية من المادة 34 هو الوكيل الممثل التجاري بوجه الحصر أو الموزع الوحيد و ليس الموزع العادي، لأن المشرع قصد حماية الممثل الموزع الوحيد عندما اعتبره في حكم الوكيل الذي يتعاقد باسم و لحساب موكله و ما يبرر هذه الحماية للموزع بوجه الحصر دون الموزع العادي هو كونه قد قطع كل علاقة مع كل شخص أو شركة غير الذي كلفه أو كلفته بالتوزيع .

و من مظاهر هذه الحماية هي أنه لا يجوز إذا كانت الوكالة التجارية غير محددة المدة فسخها بالإرادة المنفردة دون إخطار مسبق، المادة 34 الفقرة الثانية لأن عدم تجديد التعاقد بينهما من شأنه أن يؤدي إلى تكبده خسائر فادحة [1]

---

[1] المحامي إلياس أبوعيد، المرجع السابق ص 59.129,130

ثالثا:عقد الوساطة عقد بيع خدمة:

من المقرر قانونا أن كل شيء له قيمة مالية يمكن أن يرد عليه البيع، و عقد البيع هو من العقود الناقلة للملكية و إذا علمنا أن عقد الوساطة أو السمسرة ينصب في الغالب على خدمات وأراء كتقديم المنشورة و الاستعلام، فقد يثور التساؤل هل أن الوسيط السمسار الذي يتمتع بمهارات و خبرات فنية يقدمها للعميل أو للطرفين يكون قد باع هذه الخدمات أو المهارات الذهنية الفنية للعميل أو للطرفين مقابل العمولة التي تعد عندئذ ثمن في عقد بيع الخدمة.

يرى الفقيه سافيتيه SAVATIER ، أن الأشياء الغير المادية يمكن أن تكون محلا لعقد البيع على اعتبار أن الخدمات الذهنية لها قيمة مالية اقتصادية و أن كل ماله قيمة مالية اقتصادية يمكن أن يرد عليه البيع لأن الخدمة تأخذ عندئذ وصف السلعة و تصبح قابلة للتقويم فنقل الملكية هنا لا يعني نقل الملكية بالمعنى التقليدي أي نقل لشيء مادي، و إنما هو بيع لخدمة تستهلك بمجرد أن توضع تحت يد المشتري(35).

و يشبه ساقيته ذلك ببيع الطاقة في شكل تيار كهربائي، و يستند في ذلك أن نص المادة 1598 من القانون المدني الفرنسي التي تفيد أن كل شيء له قيمة من الناحية التجارية يمكن يرد عليه البيع، وأن القانون لا يحرم نقل الملكية متى كان محل البيع غير مخالف للنظام العام و الآداب.

فبيع الخدمات يغطي كل الأنشطة الإنسانية التي تظهر تحت شكل الإلتزام بعمل مقابل دفع مبلغ من المال، فما كاتب الدراسات تبيع خدمة على أسس أنها تلتزم بتقديم دراسة فنية و اقتصادية التي يتعرض لها المشروع طالب الدراسة فالبيع يشتمل أيضا الأموال المعنوية كالخطط و الأفكار و الاستشارات الهندسية و الاقتراحات[36] أو الاستشارات الفنية و القانونية، وأن الضمانات المجودة في عقد البيع من المتصور أن تكون موجودة بالنسبة للخدمات و الأموال المعنوية أيضا.

فمكاتب الدراسات قد تتعهد بالبحث عن متعاقد بالإضافة إلى تقديم الاستشارات، حيث أن المهمة الأساسية لهذه المكاتب هي الدراسة الفنية الاقتصادية التحليلية للمشاكل التي تواجه العملاء، والعمل على استغلال أفضل الطرق الفنية و العملية، لجعل العملاء يقدمون على التعاقد في ظروف اقتصادية رابحة، خاصة في مجال التبادل التجاري الدولي، وفي مجال

---

[35]- الدكتور حسن حسين البراوي المرجع السابق صفحة 112.

[36]- الدكتور حسن حسين البراوي المرجع السابق صفحة 115 René SAVATIER; la vente de services; D; 1971 chro p 223

عقود نقل التكنولوجيا أين يكون العميل عادة جاهل لهذه العمليات التعاقدية المعقدة وجاهل خاصة بمحل هذا التعاقد الذي هو المعرفة الفنية التي وإن كان استخدامها يتماشى مع ظروف جغرافية و اقتصادية معينة في بلد ما فإنه لا يتماشى مع ظروف جغرافية و اقتصادية مختلفة في بلد آخر.

رابعا:عقد الوساطة عقد مقاولة:

عرفت المادة 549 من القانون المدني الجزائري عقد المقاولة بأنه : « عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » و هو نفس التعريف الذي أوردته المادة 646 مدني مصري[37]. و لقد عرفت المادة 1710 مدني فرنسي بأن « إجارة الأعمال عقد يتعهد فيه أحد الأطراف أن يقوم بعمل شيء لصالح الطرف الآخر نظير أجر متفق عليه بينهما » فهي نوع من إجارة الأعمال في القانون الفرنسي[38].

و يخلص من تعريف عقد المقاولة حسب نص القانونين الجزائري و المصري أن لعقد المقاولة خصائص أهمها :

1- أنه عقد رضائي لا يشترط في انعقاده شكل معين و أن التراضي ينصب على عنصرين اثنين : الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول، وهو أحد المتعاقدين، و الأجر الذي يتعهد به رب العمل ه المتعاقد الآخر.
2- هو عقد ملزم للجانبين و هو من عقود المعاوضة[39]، و أن المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل، فهو لا يخضع لإشرافه و لا يكون تابعا له.

و المقاولة قد يكون العمل فيها متصلا بشيء معين، و قد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل كالنقل و الطبع و النشر و الإعلانات و العلاج و التدريس.

و لما كان محل عقد الوساطة هو القيام بعمل فإنه يعتبر و في جميع الحالات نوع من عقود المقاولة، فيعتبر الوسيط السمسار في مركز المقاول، سواء كان محله مجرد البحث عن

37- الدكتور السنهوري. الوسيط الجزء السابع ص 5.

38 - Art 170 « le louage d’ouvrage est un contrat par le quel l’une des parties s’engage à faire quelque close pour l’autre moyennent un prix convenue entre elle »

- J.C civile FASC H louage d’ouvrage ; P 1.
- Philippe DELEBECQUE le contrat d’entreprise DALLOZ 1993 P 1.

39- الدكتور السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني العقد الواردة على العمل الجزء السابع منشورات الجليبي الحقوقية بيروت لبنان طبعة سنة 1998 صفحة 06.

شخص يقبل التعاقد مع العميل، أو تعدى ذلك إلى تقديم المشورة للعميل أو إجراء مفاوضات بين الطرفين دون نيابة عن أحدهما.

و يرى غالبية الفقهاء أن الوساطة أي السمسرة بمختلف أنواعها ليست إلا عقد مقاولة مع رجل من رجال الأعمال هو الوسيط أو السمسار، لأنها ترد على الأعمال المادية و لا ترد على التصرفات القانونية[40] و إذا كانت الوساطة أو السمسرة من الأعمال التجارية بطبيعتها فهذا ليس مانع على اعتبار عقد الوساطة أو السمسرة من عقود المقاولة لأن عقد المقاولة بالنسبة للمقاول قد يكون مدنيا أو تجاريا، على حسب العمل الذي يقوم به فإذا كان العمل مدنيا كان العقد مدنيا، و إذا كان العمل تجاريا كان العقد تجاريا [41].

كما أن الوسيط السمسار يمارس أعماله على استقلال، فهو يتمتع باستقلال في مباشرة عمله، و لا يخضع لرقابة أو إشراف من جانب العميل [42] و لكن يجب عدم الخلط بين واجب الوسيط السمسار في القيام بالعمل وفقا للتعليمات المتفق عليها أثناء إبرام عقد الوساطة، وبين عدم خضوعه لتعليمات العميل أثناء تنفيذه للعقد، إذ في الحالة الأولى يكون الوسيط السمسار ملتزما بشروط العقد و بالقوة الملزم له ، فلا يجب أن يحيد عنها، و من ثم لا يعد إذا التزم بها خاضعا لتعليمات أو إشراف أو مراقبة العميل مادام أنه لا يتلقى هذه التعليمات أثناء مرحلة التنفيذ.

لذلك فإذا تحدث الشراح عن وجوب مراعاة تعليمات العميل كإلتزام من الالتزامات التي يتحملها الوسيط السمسار إنما يقصد بذلك التقيد بشروط العقد و القوة الملزمة له، و ليس المقصود هو خضوع الوسيط السمسار لتعليمات قد يوجهها له العميل الموسط أثناء مرحلة تنفيذ العقد، و الأصل أن العميل لا يوجه للوسيط السمسار أي تعليمات[43].

هذا و لما كان محل التزام الوسيط السمسار عمل مادي فإنه يعد في الأصل نوع من عقود المقاولة و هذا فيما عد بعض الأحكام التي لا تتوافق مع أحكام عقد الوساطة كضمان العشري مثلا، و لهذا فإن غالبية الفقهاء يعتبرون عقد الوساطة أو السمسرة عقد مقاولة و ليس عقد وكالة. أما بالنسبة لاعتبار عقد الوساطة عقد بيع خدمة شأنه شأن كل العقود التي يتعهد

40- الدكتور السنهوري الوسيط الجزء السابع منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان صفحة 355-357. و أيضا الدكتور مراد منير فهيم المرجع السابق صفحة 56.و الدكتور محمود سمير الشرقاوي المرجع السابق صفحة 76.

41- الدكتور السنهوري الوسيط الجزء 7 صفحة 45.

42- سمير جميل حسن الفتلاوي العقود الجارية الجزائرية ص 439دوان المطبوعات الجامعية

43- الدكتور مختار أحمد بريرى المرجع السابق صفحة 123.

فيها أحد الطرفين بتقديم خدمة للطرف الآخر فإنه لم يسلم من النقد المرير منها أن البيع يرد على الملكية و أنه يصعب إطلاق وصف الملكية على ما يقدمه الوسيط السمسار لعميله من خدمات ذهنية و فنية، و أن محل عقد الوساطة يمكن البحث له عن تكييف في إطار عقود القانون الخاص الأخرى غير عقد البيع(44).

تكييف عقد الوساطة في الفقه الإسلامي :

يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية وهم بصدد تكييف عقد الوساطة بين الوساطة المقدرة بالزمن و الوساطة المقدرة بالعمل.و لكن قبل التطرق لهذه التفرقة يجب بادي ذي بدء الإشارة إلى التفرقة بين الإجارة و الجعالة لأن الوساطة عند الفقهاء إماأنها إجارة و إما أنها جعالة.

1- تعريف الإجارة :

عرف المالكية الإجارة بأنها :

" تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم "

و عرفها الحنيفة بأنها :

" بيع منفعة معلومة بأجر معلوم"

و عرفها الشافعية بأنها :

" عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل و الإباحة بعوض معلوم".

و عرفها الحنابلة بأنها :

" عقد على منفعة مباحة معلومة، من عين معينة أو موصوفة في الذمة، مدة معلومة، أوعمل معلوم، بعوض معلوم "[45]

2– تعريف الجعالة :

عرف المالكية الجعالة بأنها :

" عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه لابعضه ببعض، فخرج الكراء و المساقاة و القرض "

و عرفها ابن رشد بأنها " أن يجعل الرجل للرجل جعلا على عمل يعمله، إن أكمل العمل، و إن لم يكمله لم يكن له شيء و ذهب عناؤه باطلا ".

و عرفها الشافعية بأنها :

" التزام بعوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول لمعين أو مجهول "

44- الدكتور السنهوري الوسيط الجزء 7 صفحة 355-357 و الدكتور مراد منير فهيم المرجع السابق صفح 56. و الدكتور محمود سمير الشرقاوي المرجع السابق صفحة 76.

45 أشار إلى هذه التعريفات الدكتور عبد الرحمان بن صالح الأطرم في المرجع السابق ص101.

و عرفها الحنابلة بأنها :

" جعل الشيءمن المال لمن يفعل أمر كذا " [46]

3- التفرقة بين الإجارة و الجعالة :

يفرق بين الإجارة و الجعالة من صيغة العقد، أو دلالة عرف أو قرينة، كأن يكون نص أو بند على أنها إجارة، أو أنها لازمة إذ الإجارة لازمة، أويتفقا على أن العقد جعالة، و على أنه جائز إذ الجعالة جائزة، كأن يقول استأجرتك أو جاعلتك.[2]

و الأصل أن كل من الإجارة و الجعالة محلهما واحد و هو آداء عمل نظير مقابل محدد و لكن هناك فروق بينهما منها :

1) أن الإجارة عقد لازم و هذا اللزوم يستمد من كونها عقد محدد المدة فلايجوز لأي من طرفيه فسخه قبل انتهاء المدة المضروبة و هذا بإتفاق الفقهاء، أما الجعالة فانها جائزة و لكل واحد من الطرفين فسخها و هذا بإتفاق الفقهاء أيضا .

2) أن الإجارة عقد بين طرفين معينين، بينما الجعالة تنعقد بطرف واحد و هو الجاعل، كماأن الطرف الثاني المجعول له (العامل) قد يكون غير معين.

3) في الإجارة يستحق العامل الأجر بذات العقد و يحق له الحصول عليه مقدما أومنجما بينما في الجعالة لا يستحق العامل شيئا ما إلا بتمام العمل.

4) يجوز في الجعالة أن يكون الجاعل غير مالك بينما لا يجوز ذلك في الإجارة.

5) في الجعالة يجوز أن يكون العمل مجهولا من حيث كيفية إنجازه، بينما في الإجارة يجب أن يكون محددا من كل جوانبه.

6) في الإجارة محل العقد منفعة الآدمي، أو غيره بينما في الجعالة منفعة الآدمي فقط.

تكييف عقد الوساطة المقدرة بالزمن :

لقد سمى فقهاء الشريعة الإسلامية معاملات السمسار في الوساطة المقدرة بالزمن استئجارا, و هذا عند الحنفية و المالكية و الحنابلة و الشافعية .

و عند الحنفية قول السرخسي في باب السمسار (و إن استأجره يوما إلى الليل بأجر معلوم ليبيع له أو يشتري له فهذا جائز).[1]

و عند المالكية قولهم " و يجوز استئجار الدلال شهرا على بيع سلع " و سماه ابن أبي زيد أجيرا بقوله (و الأجير على البيع إذا تم الأجل ولم يبع وجب له جميع الأجر) .

---

[46] أشار إلى هذه التعريفات، الدكتور شوقي أحمد دنيا الجعالة و الإستصناع ، تحليل فقهي و إقتصادي، المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب، البنك الإسلامي للتنمية، المملكة العربيةالسعودية بحث رقم9 ، الطبعة الثانية ، سنة 1998 ص 9.

[2] د. عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ص104.

[1] أشار إلى هذه المذاهب الدكتور عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ص 100، 101.

أما الشافعية فإن معاملات السمسار عندهم تسمى استئجارا اوجعالة في الوساطة المقدرة بالعمل أي غير المحددة المدة اماالوساطة المقدرة بالزمن اي المحددة المدة فلاتكون الاجارة لانهم لايرون ضرب المدة في الجعالة.

و عند الحنابلة تجوز الجعالة على المدة المعلومة أو المجهولة, و لذلك فإن الوساطة المقدرة بالزمن تصح أن تكون جعالة عندهم مثل أن يقول وسطتك شهرا بكذا،أو أن يقول من حرس زرعي فله كل يوم كذا،دون أن يحدد عدد الايام.

و هذا لايرد عند غيرالحنابلة، لأن عند المالكية و الشافعية لايكون عقد الوساطة المحدد المدة إلا إجارة لأنهم لا يرون ضرب المدة في الجعالة .

واما الحنفية فلايقولون بمشروعية الجعالة أصلا.[2]

تكييف عقد الوساطة المقدرة بالعمل :

أولا –في مذهب المالكية الوساطة المقدرة بالعمل هي جعالة، إذ لا تكون إجارة إلا بتسمية معلومة و أجل معلوم. و لأن العمل في الوساطة قد تدخله الجهالة، و الجعل لا يكون إلا في المجهول من الأعمال، و ممالا منفعة للجاعل فيها إلا بتمامها.[3] إذ لوعلم العمل في السمسرة علما متيقنا لصح على الإجارة ففي السمسرة في بيع السلع إن تيقن من وجود الثمن فيها وأنها تباع في الحال فإنها تكون إجارة، ولا تكون جعالة.[4]

و قد جاء في تحفة الحكام لابن عاصم :

" الجعل عقد جائز " لا يلزم — لكن به بعد الشروع يحكم

و ليس يستحق مما يجعل — شيئا سوى إذا يتم العمل

كالحفر للبئر و رد الأبق — و لايحد بزمان لائق[4]

أما في مذهب الحنفية فإن الوساطة المقدرة بالعمل فهي إجارة فاسدة، لعدم تحديد المدة مثل ما في الفتاوي الهندية في الإجارة

(إذا استأجر رجلا ليبيع له بكذا أو يشتري له بكذا فهي فاسدة).

ورد عليهم بأن السمسرة مقابلة عمل بعوض، و العوض معلوم، و العمل معلوم نوعه مجهولة غايته، و هذه الجهالة يعفى عنها للحاجة، فتكون إجارة صحيحة عند من جوزها، أما

---

[2] د. عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ص102 ،103.

[3] د. عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ص 109 ، 112، 123.

4 القاضي بكر بن عاصم، تحفة الحكام، في نكت العقود و الأحكام على مذهب الإمام مالك بن أنس، مطبعة الثعالبية الجزائر – الطبعة الثالثة سنة 1932 ص: 72.

عند من منعها فلا يعفى عن هذه الجهالة، و لا تكون عندهم من مسائل الجعالة لأن الحنفية لا يقولون بها.[1]

أما عند الشافعية و الحنابلة فتصح عندهم أن تكون الوساطة المقدرة بالعمل إجارة أو جعالة.

و مما يدل من مذهب الشافعية على اعتبارها إجارة قول الإمام العز بن عبد السلام الشافعي (المثال الثامن، استصناع الصناع الذين جرت عادتهم بأنهم لايعملون إلا بالأجرة إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة كالدلال و الحلاق ... فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة) قواعد الأحكام لابن عبد السلام 130/2. فعتبر الدلال صانعا و الصانع من الأجراء.[2]

و عند الحنابلة قال ابن قدامة (ويجوز أن يستأجر سمسارا)، فجعل استئجار السمسار من الإجارات المباحة و هذا لأنها عقد على عمل معلوم بعوض، و تمامه ممكن في الجملة، لأن السلع لا تنفك عن راغب غالبا و هي إذا إجارة، و قد صحت الإجارة على السمسرة المقدرة بالزمن، فتصح مقدرة بالعمل.[3]

و ذكر ابن تيمية في الفتاوي الكبرى أن الدلال من مسائل الجعالات.[4]

و لذلك يصح حمل الوساطة المقدرة بالعمل على الإجارة أو الجعالة عند الشافعية و الحنابلة و تكون التفرقة بينهما بصيغة العقد كأن يصرح بلفظ الإستئجار أو المجاعلة ـ أو يدل على ذلك عرف أو قرينة.[5]

---

[1] د. عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ص: 113.

[2] د. عبد الرحمان بن صالح الأطرم.

[3] د. عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ، ص: 114.

[4] أشار إلى ذلك عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ص 115.

[5] د. عبد الرحمان بن صالح الأطرم ، المرجع السابق ص 115.

المبحث الثاني

في

إبرام عقد الوساطة

إن إبرام عقد الوساطة يعنى انعقاده استعدادا لتنفيذ إثاره ولإبرام عقد الوساطة لا بد من توافر شروط، هي شروط انعقاده أولا وشروط صحته ثانيا، وهذه الشروط في الركن الأول من أركانه وهو ركن التراضي، كما انه لا بد من توافر شروط أخرى في الركن الثاني من أركانه وهو المحل أما الركن على ثالث فيه فهو ركن السبب وله شرط وحيد هو أيضا يجب أن يتوافر فيه.

وهذه الشروط يجب أن تتوافر في كل العقود وليست شروط قاصرة على انعقاد الوساطة وحدها.

وتناول شرح هذه الأركان بالنسبة لعقد الوساطة باعتباره من عقود المقاولة، ونبرز أهم المسائل التي تطرح في هذا الميدان وذلك في مطلبين :

المطلب الأول: الرضا في الوساطة

المطلب الثاني : المحل في الوساطة

اما ركن السبب فنكتفي بخصوصه بالاحالة على القواعد العامة .

المطلب الأول

الرضا في الوساطة

يعرف الرضا في العقد بأنه اتجاه الإرادة إلى عمل قانوني معين ذلك أن العقد لا ينعقد إلا بتوافق الإرادتين والتوافق هذا يقتضي تطابق الإرادتين ثم اقترانهما على هذا الأساس.
ولكي يكون الرضا صحيحا لابد من أن يكون خاليا من العيوب التي تعيب الارادة وهي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال ، وهي ما يسمى بشروط صحة العقد , ومحلها القواعد العامة

,فنكتفي بالاحلة على هذه القواعد , ونقتصر على دراسة مسألة الأهلية ,ذلك لما لها من خصوصية في هذا المجال .

ولذلك نتناول هذا المطلب في النقاط التالية :

أولا: تطابق الإرادتين:

يجب لحدوث التطابق بين إرادة العميل وإرادة الوسيط أن تتجه إرادتهما معا إلى إحداث الأثر القانوني ذاته فيجب أن تتجه كل من الإرادتين إلى إحداث الآثار القانونية التي تترتب على عقد الوساطة وأهمها التزام الوسيط السمسار بأداء العمل محل عقد الوساطة. والتزام الموسط وهو العميل بدفع الأجرة أو العمولة للوسيط أي ان إرادة كل من الطرفين يجب أن تنعقد على ماهية العقد المراد إبرامه وعلى محله وإلا فلا يكون بينهما تطابق.

وكذلك يجب ان يكون كل شرط أو وصف أو اثر قانوني اتجهت إليه إحدى الإرادتين ان تتجه إليه أيضا الإرادة الأخرى حتى يتوافر التطابق بينهما.

أي يجب أن يكون هناك تطابق تام بين الإيجاب والقبول لاقتران الإرادتين، فإذا اصطحب القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضا يمثل إيجابا جديدا. (المادة 66 مدني).

على انه ليس لزاما أن تتطابق الإرادتين في كل المسائل التي تدخل في العقد، بل يكفى التطابق في المسائل الرئيسية وهى الأركان التي لا يتم العقد بدون الاتفاق عليها. ويلجأ العاقدان الموسط والوسيط عند الاختلاف على المسائل التفصيلية إلى القاضي يفصل فيها وفقا لطبيعة المعاملة ولإحكام القانون، والعرف والعدل، فهو يعتبر مفوضا من الطرفين في تحديد الآثار القانونية للمسائل المرجاة باتفاقهما أو المسائل التفصيلية.(47)

وإرادة الطرفين بهذا المعنى يجب أن يعبر عنها حتى يحصل التطابق، على أن هذا التعبير كما يكون صريحا يمكن أن يكون ضمنيا وللقبول بعض صور خاصة ينفرد بها وهى السكوت، وتنفيذ العقد المعروض إبرامه، وإرساء المزاد. ومتى وجد قبول مطابق للإيجاب قبل سقوط الأخير، اقترنت الإرادتان وتم باقترانهما العقد.

---

(47):د .سليمان مرقس ، المرجع السابق ص65

فإذا اجتمع في مجلس واحد فان التعبير الذي يصدر من أحدهما يصل فورا إلى الآخر وينتج أثره بمجرد صدوره فيكون منذ هذه اللحظة صالحا لان يقترن به القبول ما دام في مجلس العقد ولم يشتغلا بما ينقضه أو يوجد ما يدل على الإعراض.(48)

وهذا هو مذهب الحنفية والملكية والحنبلية بخصوص الوساطة اللازمة، والمرجع فى ضبط ما يعد تشاغلا وتفرقا عن المجلس هو العرف. (49)

أما الشافعية فعندهم لا بد ان يكون القبول على الفور ويغض النظر عن السكوت اليسير أما إذا طال السكوت أو فصل بينهما بلفظ أجنبي عن العقد ولو كان يسيرا فانه لا يصح.

أما في الوساطة الجائزة وهى المقدرة بتمام العمل فانه يجوز تراخي القبول، عن الإيجاب سواء في مجلس العقد أو خارجه.

فلو قال وسطتك ثم قبل الوسيط من الغد صح العقد أو قال له وسطتك في بيع كذا، وبعد مدة جاءه الوسيط بمشترى صح العقد ولا يلزم إيجاب جديد.(50)

ثانيا: الأهلية

أهلية الأداء أو كما يعرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بالولاية على التصرف، هى صلاحية شخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه، كأهلية الشخص لأن يبيع ماله او يهبه او يؤجره وغير ذلك من التصرفات القانونية وبالتالي فان أهلية الأداء تقتصر فقط على التصرفات القانونية.

والتصرف القانوني هو عمل الإرادة حين تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين.

وبالتالي إذا كانت التصرفات القانونية قوامها الإرادة وكانت أهلية الأداء قوامها التصرفات القانونية فان أهلية الأداء بذلك قوامها ومنا طها عند الشخص هي الإرادة المدركة أي التمييز.

---

(48): د .سليمان مرقس ، المرجع السابق ص73

(49): د . عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ص184

(50): د . عبد الرحمان بن صالح الأطرمي المرجع السابق ص185

ومعنى ذلك ان مدى أهلية الأداء عند الشخص يتحدد حسب قدرته على التمييز اى صلاحيته لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه ملازمة لقدرته على التمييز. [51]

تقسيم التصرفات القانونية من حيث أهلية الأداء:

تنقسم التصرفات القانونية من حيث الأهلية إلى أنواع ثلاثة:

1- تصرفات نافعة نفعا محضا:

وهى التي يثرى الذي يباشرها دون أن يدفع مقابلا وتشمل أعمال الاغتناء كقبول الهبة.

2- تصرفات ضارة ضررا محضا:

وهى التي يفتقر من يباشرها دون أن يأخذ مقابلا وتشمل أعمال التبرعات، كهبات الشخص لماله وإبراءه لمدينه.

3-تصرفات دائرة بين النفع والضرر:

وهى التي لا يترتب لمن يباشرها اغتناء محضا وافتقارا محضا لأنها قائمة على تقابل بين أخذ وعطاء فتحتمل بطبيعتها الكسب كما تحتمل الخسارة.

ويدخل تحت هذا النوع من التصرفات ما يسمى بأعمال للتصرف في ذات الشيء كالبيع فهو يحتمل الربح كما يحتمل الخسارة، وكذلك ما يسمى بأعمال الإدارة وهى التي ترمي في الأصل إلى مجرد استغلال الشيءكالإيجار والتصرف في غلته أو ريعه.

فإذا كان الشخص كامل أهلية الأداء تثبت له قدرة مباشرة هذه التصرفات بأنواعها الثلاثة أما أحكام تصرفات القصر وعديمي الأهلية فسيأتي بيانها فيما بعد. [52]

تدرج أهلية الأداء حسب السن:

لم يكن قانون رقم 778 الصادر في 1957/7/11 يفرق بين مراحل تدرج السن لدى الصبي وإنما كان يعتبر كل من لم يبلغ 21 سنه كاملة أي سن الرشد آنذاك عديم الأهلية*

---

(51): د. عبد المنعم فرج الصده , أصول القانون ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر , ط، بيروت لبنان ، 1978 ص442

(52):أنظر في هذا الصدد الدكتور فرج الصده ، المرجع السابق ص446 و د .حسن كيره , المدخل للعلوم القانونية ، منشأة امعارف الإسكندرية ، طبعة 1971.

ويرى البعض أن أساس هذا الموقف ربما يوجد في المذهب المالكي الذي يدع تقدير سن التمييز لدى الصبي إلى القاضي.

والواقع أن تدرج السن وبالتالي النمو التدريجي لملكات الصبي تقتضي التفرقة بين مرحلة يكون فيها عديم التمييز ومرحلة أخرى يصل فيها إلى درجة التمييز دون أن يبلغ سن الرشد. وأن المشرع الجزائري فرق بين مرحلتي عدم التمييز والتمييز مرتبا فروقا في الحكم بين تصرفات الصبي المميز و الصبي غير المميز. حيث قسم حياة الإنسان إلى ثلاثة أدوار بالنسبة للأهلية:

الطور الأول : من وقت الولادة إلى سن التمييز وفيه يكون الصبي غير مميز.

الطور الثاني: من سن التمييز إلى سن الرشد، وفيه يكون الصبي مميزا، وفى هذين الدورين تطلق على الصغير اصطلاح قاصر.

والثالث: من سن الرشد إلى الموت وفيه يكون الإنسان بالغا ورشيدا.[53]

وقد ربط القانون في هذه الأدوار بين السن ودرجة الأهلية فاعتبر الصبي غير المميز عديم الأهلية و الصبي المميز ناقص الأهلية والبالغ الرشيد كامل الأهلية.

كما يبين حكم التصرفات التي تصدر من الشخص في كل من هذه الأدوار من حيث الصحة والبطلان وهذا كله بمقتضى قواعد موضوعية.

وحكم تصرفات البالغ الراشد هو أنها جميعا صحيحة سواء كانت نافعة نفعا محضا أو ضارة ضررا محضا، أو دائرة بين النفع والضرر إلا إذا كان رضاؤه مشوب بعيب من عيوب الرضا، فيكون التصرف قابلا لإبطال لمصلحته[54]. كالإكراه أو التدليس أو الغلط والاستغلال.

من قراءة المادة 42 من القانون المدني الجزائري والمادة 82 من قانون الأسرة يتبين لنا أن القانونين يجمعان بين غير المميز لصغر سنه والمجنون والمعتوه.

(*): من المعلوم أن اتشريعات الفرنسية استمر العمل ا في الجزائر بموجب قانون 31 ديسمبر 1962 الذي استثنى بعض الأحكام و من بين هذه التشريعات القانون رقم 778 الصاد في 1957/7/11 المتضمن أحكام الغياب والأهلية و الولاية والذي يطبق في أحكامه غير المستبعدة لغاية 5 جويلية 1975 تاريخ إلغائه بموجب أمر 5 جويلية 1973 وفي سنة 1975 صدر القانون المدني و طبق بأثر رجعي الى غاية الغاء التشريعات السابقة .

(53): د . محمد حسنين,الوجيز في نضرية الحق بوجه عامالأشخاص,والأموال والاثبات في القانون الجزائري,المؤسسة الوطنيةللكتاب,ط,1985, ص86 ، 87

والدكتور عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص450 .

(54): د. محمد حسنين ، المرجع السابق ص110

ويرتبان عليهم جميعا حكما واحدا هو انعدام أهليتهم لمباشرة حقوقهم المدينة أي أن التصرفات الصادرة من هؤلاء سواء كانت نافعة أو ضارة أو تحمل النفع والضرر تعد باطلة لانعدام الإدراك الضروري للتعبير عن الإرادة تعبيرا صحيحا وفقا لمعطيات القانون. [55]

غير أن القانون المدني الجزائري لم يتعرض لحكم تصرفات الصبي المميز واختصرت المادة 43 على اعتباره ناقص الأهلية حيث تقضى بما يلي : "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان معتوها يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون.

غير انه لما أحال في المادة 79 منه مسائل الأهلية إلى مدونة الأحوال الشخصية أو قانون الأسرة فان إحكام تصرفات الصبي المميز تتضح جليا.

حيث تقضى المادة 79 ما يلي:

"تسرى على القصر والمحجور عليهم وغيرهم من عديمي الأهلية قواعد الأهلية المنصوص عليه في مدونة الأحوال الشخصية".

فالقانون المدني بعد أن حدد في المادتين 42و 43 منه، من يعدهم ناقصي الأهلية أو عديميها، يحيل بمقتضى المادة 79 منه، وهى واردة في باب شروط العقد على مدونة قانون الأسرة الذي يتضمن أحكام أهلية الأداء بالنسبة لهؤلاء الأشخاص.

و منذ إلغاء التشريع المطبق حتى سنه 1975 وإلى 1984 فان حكم الشريعة الإسلامية هي المطبقة في هذا المجال ما دام قانون الأسرة لم يصدر في هذه الفترة، أما بعد ذلك فقد اعتمد على قانون الأسرة الذي أحالت إليه المادة 79 م ج أحكام الأهلية.

وقد بينت المادة 83 من قانون الأسرة أحكام تصرفات الصبي المميز حيث تنص على ما يلي:

---

(55): د . علي علي سليمان ،النضرية العامة للالتزام ,مصادر الالتزام,ديوانالمطبوعات الجامعية , ص49

((من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافعة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة له وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفى حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء.))

ويتبين من هذه المادة أن في هذه المرحلة تثبت شرعا للصبي المميز أهلية ناقصة فيكون له إجراء التصرفات النافعة، نفعا محضا ولا يكون له إجراء التصرفات الضارة ضررا محضا فإذا أجرت تصرف نافعا نفعا محضا كقبول هبة أو وصية كان تصرفه صحيحا دون توقف على إجازة أو إذن من الولي أو الوصي.

وإذا أجرى تصرفا ضارا ضررا محضا كإعطاء هبة أو اقرارت أو الكفالة كان تصرفه باطلا ولو أجازه الولي أو الوصي لان هذه الإجازة غير معتبرة شرعا [56] أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر أي التي يجوز فيها الربح والخسارة كالبيع، والشركة حكمها أنها تنعقد موقوفة على إجازة الولي أو الوصي ويسمى هذا العقد في الفقه الإسلامي بالموقوف فان أجازها الولي أو الوصي نفذت ورتبت بذلك كل آثارها بشرط إلا يكون فيها عيب فاحش للصغير لان مثل هذه الإجازة غير معتبرة شرعا والغبن الفاحش هو ما لا يتغابن الناس فيه عادة.

والعقد الموقوف في الشريعة الإسلامية لا ينتج أثاره إلا إذا أجازه أو بالأحرى أقره الصبي حتى بلوغه سن الرشد أو أقره وليه أو وصيه قبل ذلك.

أما في القانون المدني نجد أن تصرفات الصبي المميز صحيحة أو باطلة أو قابلة لابطال تبعا لما إذا كانت التصرفات نافعة نفعا محضا أو ضارة ضررا محضا أو دائرة بين النفع والضرر. [57]

والاختلاف يظهر بين قانون الأسرة والقانون المدني في التصرفات الدئرة بين النفع والضرر فقانون الأسرة يجعل تصرف الصبي المميز بين النفع والضرر موقوفا على إجازة الولي بينما يجعله القانون المدني قابل للابطال ويختلف الحلان في أن التصرف الموقوف لا يترتب عليه أي أثرالا أن تلحقه الإجازة فإذا أجازه كان للإجازة اثر رجعي، بينما يرتب التصرف القابل لإبطال جميع آثاره إلى أن يحكم بإبطاله، فإذا حكم بإبطاله زالت جميع آثاره

---

(56): الدكتور محمد حسنين ، المرجع السابق ص113

(57): الدكتور محمد حسنين ، المرجع السابق ص114

بأثر رجعي فيصبح هو والتصرف الباطل سواء، ويكون للصبي المميز حق إبطاله بعد بلوغه سن الرشد، ويزول حق إبطاله إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشرة سنوات (المادتين100و101).

إذا فان أحكام قانون الأسرة تختلف عن أحكام القانون المدني الذي لا يأخذ بقاعدة العقد الموقوف ولذا فانه يحسن حسب رأى الدكتور علي علي سليمان للمشرع الجزائري على ان يوفق عند إعادة النظر القانون المدني بين أحكام القانونين، فأما أن يأخذ بقاعدة الحكم الموقوف فيكون هناك محل لطلب الإبطال ولا سقوط الحق فيه و إما أن يأخذ بأحكام القانون المدني التي تعتبر مثل هذا العقد صحيحا ومنتجا لكل إثارة حتى يتقرر أبطاله بحكم من القضاء.

وإذا أخذ بفكرة العقد الموقوف المنصوص عليها بالمادة 83 من القانون الأسرة فينبغي أن يضيف إليها أن للصبي المميز الحق في إجازة هذا العقد بعد بلوغه سن الرشد وإذا لم يقرره وليه او وصيه قبل ذلك مع ملاحظة ان نص المادة 83 من قانون الأسرة يتكلم عن الإجازة والصحيح هو الإقرار. (58)

و القانون المدني الجزائري لم يتعرض لنظام الترشيد مع أنه قد أشار لهذا النظام حين نص بالمادة 2/38 على ما يلي:

"ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثمان عشر سنه وهو في حكمه مواطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها" .(59)

فالقاصر الذي بلغ سن 18 سنة بالإضافة إلى كونه ناقص الأهلية يمكنه ممارسة بعض التصرفات على خلاف القاعدة التي ذكرناها، فيكون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفى التقاضي فيه.

ولا يحق للولى أوللوصى أن يباشر تصرفا يكون القاصر أهلا لمباشرته، فحينما تتوافر الأهلية ترتفع الولاية. (60)

---

(58): د . علي علي سليمان ، المرجع السابق ص49

(59): د . علي علي سليمان ، المرجع السابق ص50 فقرة 2

(60): أنظر في هذا الصدد الدكتور عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق ص454

ونص الفقرة الثانية من المادة 38 التي ذكرناها يطابق نص الفقرة الثانية من المادة 42 مصري وهى خاصة بموطن المأذون له بالتصرف أي المرشد، ولكن القانون المدني المصري قد تناول حكم المأذون في المادة 112 ولم يأتي القانون المدني الجزائري بمثل هذا النص، ولكن تعرض له في قانون الأسرة في المادة 84 منه التي تقضى بما يلي:

"للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناءا على طلب من له مصلحة وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك.

ولا يتفق هذا الحكم وقانون الأسرة فالأول يتضمن أن الترشيد يكون في سن18 ومتحديا في ذلك حذو القانون المدني المصرى، وقانون الأسرة يجيز للقاضي الترشيد عند بلوغ سن التمييز 16 سنه.

"وإذا كان القانون المدني المصري والقوانين التي حذت حذوه قد أجازت الترشيد في الثامن عشر سنه. فلان سن التمييز فيه سبع سنين وسن الرشد 21 سنه فيكون الترشيد بين هاتين المدتين معقولا إذ يمكن المرشد من إدارة أمواله لمده 3 سنين.

أما طبقا لنص المادة 3/38 فلا يكون في الترشيد فائدة كبيرة إذا استمر لمده سنه واحدة باعتبار ان سن الترشيد 18 سنه وسن الرشد 19 سنه، فسنة واحدة قليلة وقليلة جدا لا فائدة لها.

و أما طبقا للمادة 84 من قانون الأسرة فان الترشيد يمكن أن يتم في السادسة عشرة سنه ويستمر حينئذ لمدة ثلاث سنوات، ولكن يؤخذ على هذا النص انه أجاز الترشيد في هذه السنة المبكرة بالنسبة إلى تحديد سن التمييز 16 سنة فكيف يصبح عديم التمييز بين عشية عن وضحاها رشيدا فتكون تصرفاته كلها باطلة بالأمس ثم تصبح كلها صحيحة في الغد بعد الإذن.

لا سيما أن قانون الأسرة يعطى للمرشد حق التصرف مجريا في ذلك القانون المدني الفرنسي في حين أن القوانين العربية الأخرى لا تمنحه إلا الحق في القيام بأعمال الإدارة" . [61]

---

(61): د . علي علي سليمان ،ضرورة اعادة النظرفي القانون المدني الجزائري,ديوان المطبوعات الجامعيةطبعة 1992 ص 263

وكذلك هناك تعارض بين قانون الأسرة والقانون التجاري فيما يخص سن الترشيد الذي يحدده قانون الأسرة ب16 سنة ويحدده القانون التجاري كما حدده القانون المدني 18 سنه حيث نص القانون التجاري في مادته الخامسة وهو الصادر في 1975 على ما يلي:

"لا يجوز للقاصر المرشد ذكرا أو أنثى البالغ من العمق 18 سنه كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ العمليات التجارية كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال التجارة إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده وأمه أو على قرار مجلس العائلة مصدقا عليه من المحكمة فيما إذا كان والده متوافيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة عدم وجود الأب والأم".[(62)]

وحسب رأي الأستاذ على سليمان انه ينبغي تعديل نص المادة 2/38 مدني بحيث يجعل القاصر المرشد موطنا إذا بلغ 16 سن ليتفق مع المادة 84 من قانون الأسرة.[63]
وكذا تعديل نص المادة 5 تجاري على نحو يتفق مع أحكام القانون المدني.[64]

وإذا طبقنا القواعد السابقة على الأهلية في عقد الوساطة نقول انه يجب ان يكون العميل كامل الأهلية وهى أهلية للتصرف، ذلك لان عقد الوساطة من أعمال التصرف، فالقاصر أو المحجورعليه لسفه أو غفلة، ولو كان مأذونا له في الإدارة، ليس أهلا لإبرام عقد الوساطة بصفته عميل (رب العمل)، وان أبرم العقد كانت الوساطة، قابلة للإبطال لمصلحته. ولا يملك نائب القاصر أو المحجور عليه أن يعقد الوساطة باسم القاصر أو المحجورعليه لأنها من أعمال التصرف فإذا أراد ذلك فيجب أن يحصل على إذن من المحكمة.

وكذلك تعتبر الوساطة من جانب الوسيط من أعمال التصرف، لأنها دائرة بين النفع والضرر، ومن ثم يجب في الأصل أن تتوافر في الوسيط هو أيضا أهلية التصرف بان يكون راشدا.

فإذا كان قاصرا أو محجورا عليه لسفه أو غفلة، ولو كان مأذونا له في الادارة ، لم يجزله أن يبرم عقد الوساطة وإذا فعل كان العقد قابلا للإبطال لمصلحته.

---

(62): الدكتور محمد حسنين ، المرجع السابق ص89
(63): د . علي علي سليمان ، المرجع السابق ص51
(64): الدكتور محمد حسنين ، المرجع السابق ص89

المطلب الثاني
المحل في عقد الوساطة

إن أي عقد يجب أن يكون منشئا لالتزامات لكل منها محل تتوافر فيه شروط معينة، أي أن لكل التزام محل يقوم عليه، ولذلك فالأصل أن المحل هو ركن في الالتزام لا في العقد وان القول بان المحل هو ركن في العقد إنما ذلك تجاوز في التعبير، ومما لا شك فيه أن العقد الذي ينشأ عنه عدة التزامات يتعدد فيها المحل بقدر عدد هذه الالتزامات.

ومحل الالتزام هو الأمر الذي يلتزم المدين به، فقد يكون هذا الامر نقل حق عيني أو أداء عمل أو امتناعا من عمل.[65]

والمحل في عقد الوساطة باعتباره ملزما للجانبين هو مزدوج فهو بالنسبة للوسيط السمسار العمل المتعاقد على تأديته وهو بالنسبة للعميل الموسط, العمولة التي يتعهد بدفعها للوسيط السمسار.

وندرس هذا المطلب في ثلاث نقاط كمايلي :

أولا: المحل في عقد الوساطة عمل مادي
ثانيا: الشروط الواجب توافرها في العمل المادي
ثالثا: تطبيقات لمحل عقد الوساطة

أولا: محل عقد الوساطة عمل مادي:

إن محل عقد الوساطة هو عمل مادي مصدره عمل قانوني، ذلك أن العمل أو التصرف القانوني الذي هو عقد الوساطة محله هو إلتزام الوسيط بالبحث عن طرف أخر يرغب في إبرام و إتمام الصفقة المراد إبرامها من طرف العميل , فالتزام الوسيط هو التزام بعمل، و لكنه عمل مادي و ليس تصرف قانوني، لأنه سابق على مرحلة إبرام العقد، و أن الوسيط

---

(65): الدكتور سليمان مرقص ، المرجع السابق ص103

السمسار لا يشارك في إبرام العقد المزمع إبرامه أو الصفقة المراد إتمامها، لا باسم العميل الموسط و لا باسمه هو.

فدور السمسار الوسيط ينحصر في البحث عن شخص يقبل التعاقد مع من فوض السمار في البحث عنه، أي مجرد تقريب بين شخصين يرغبان في التعاقد، مثل ذلك أن يكلف البائع السمسار بالبحث عن مشتري لسلعته أو من المؤجر بالبحث عن مستأجر، و ينصب عمل السمسار الوسيط في التقريب بين وجهات نظر المتقاعدين خلال فترة التفاوض السابقة على إبرام العقد، فيقوم بنقل أسس التعاقد والشروط التي و ضعها أحد المتعاقدين للآخر، مع إبداء نصائحه و خبرته للتوفيق بين مصالح الطرفين حتى يصلا إلى مرحلة إبرام العقد، وهنا ينتهي عمل السمسار[66].

ومما لا شك فيه أن أهم عمل يقوم به الوسيط السمسار في المعاملات التجارية المعاصرة هو تقديم نصائحه ومشوراته، وخبراته للتوفيق بين مصالح الطرفين، ولتخطي نقاط الخلاف، وتجنب الوصول إلى طريق مسدود، ذلك لأن اقتصار الوسيط السمسار على السعي لإيجاد شخص يقبل التعاقد مع الطرف الثاني لم يعد له الأهمية الكبرى في مجالات المعاملات التجارية ما دام أن التجار يفضلون الآن الإستغناء عن مثل هذه الخدمات بالقيام بالإعلان والإشهار على نطاق واسع.

ومما لا شك فيه أنه عندما يقتصر عمل الوسيط السمسار على البحث عن متقاعد، فإن عمله هذا يكون عمل مادي فحسب لا يرقى إلى الأعمال القانونية. ولكن ما القول فيما لو امتد عمله إلى التفاوض وتقديم المشورة للمتقاعدين، فهل يكون عمله عمل مادي فحسب، أم أنه يعد عمل من الأعمال القانونية ؟

العمل المادي الإرادي هو ذلك العمل الذي يترتب عليه أثر قانوني ناتج عن قصد، ولكن هذا القصد وحده لم يكن لينتج أثره القانوني لولا اقترانه بالعمل المادي، فالإستيلاء على الشيء المباح يترتب عليه تملك واضع اليد على الشيء المباح، ولكن قصد الملك لم يكن لينتج أثره القانوني هذا لولا اقترانه بالعمل المادي وهو فعل الإستيلاء.

أما العمل القانوني أو التصرف القانوني، فهو مجرد اتجاه الإدارة نحو إحداث أثر قانوني معين، يترتب على إتجاهها إليه، دون أي فعل مادي كوضع اليد على المبيع أو دفع الثمن [67].

66- الدكتور فايز نعيم رضوان المرجع السابق ص 199.

67- د سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 18.

وتطبيق ذلك على عقد الوساطة، يظهر أن الوسيط السمسار لا تتجه إرادته إلى إحداث الأثر القانوني الذي تتجه إلى إحداثه إرادة الطرفين المتقاعدين إثر إبرام التصرف موضوع الوساطة وإنما تتجه إرادته إلى التوفيق بين هاتين الإرادتين لأجل إبرام التصرف نفسه، ودون أن يترتب في ذمته أي أثر من آثار هذا التصرف. لذلك كان عمل الوسيط السمسار بهذا عمل مادي فحسب. حتى لو قام بعملية المفاوضات بين الطرفين و قدم المشورة إليهما، هذا وإن ترتبت في ذمته بعض الإلتزامات وبعض الحقوق فإن مصدرها عقد الوساطة وليس التصرف القانوني الذي توسط في إبرامه.

ولكن لا يجب الخلط بين التوسط بصفته عمل مادي يقوم به الوسيط السمسار، وبين عقد الوساطة ذاته، ذلك أن عقد الوساطة هو عمل قانوني أو تصرف قانوني تتجه فيه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، فتتجه إرادة الوسيط السمسار إلى القيام بعمل الوساطة أو التوسط لأجل إبرام العقد وتتجه إرادة الموسط العميل نحو التزامه بدفع العمولة للوسيط السمسار فإذا تم التوافق على هذا الأساس انعقد هذا التصرف الذي هو عقد الوساطة أو السمسرة.

فالتوسط إذن هو محل التزام الوسيط السمسار وهو دوما عمل مادي وليس عمل قانوني. وهو ما يفرقه عن عمل الوكيل والوكيل بالعمولة الذي يشكل تصرفه عملاقانونيا(68)

ثانيا:الشروط الواجب توافرها في العمل المادي:

إن الكلام في شروط المحل ينظر فيه أصلا إلى ما يجب توافره من شروط في العمل الذي يكون محلا للالتزام والشروط الواجب توافرها في عمل الوسيط السمسار طبقا للقواعد العامة هي أن يكون العمل ممكنا، وان يكون معينا أو قابل للتعيين وان يكون مشروعا.

1- شرط الإمكان:

يجب أن يكون محل الالتزام بأداء العمل ممكنا لأنه لا تكاليف ولا التزام بمستحيل. ومن يتعهد بمستحيل لا يلتزم بشيء لان تعهده يقع باطل، ومع ذلك فان الاستحالة المقصودة هي الاستحالة المطلقة وليست الاستحالة النسبية. ومفاد الاستحالة المطلقة هي تلك التي تجعل للالتزام نفسه محل التعهد ليس مستحيلا على الوسيط السمسار فحسب،بل على أي شخص آخر, فإذا كان العمل محل التعهد مستحيلا على الوسيط السمسار وليس مستحيلا على شخص آخر فان هذه الاستحالة لا تعد استحالة مطلقة بل استحالة نسبية حتى ولو كان هذا الشخص الآخر يفوق في مهاراته وقدرته الفنية قدرات الوسيط المتعهد، أي المقصود بالاستحالة المطلقة هي أن يكون العمل مستحيلا في ذاته لا أن يكون مستحيلا بالنسبة للوسيط السمسار فحسب.

---

68 - René Rodière, Droit commercial effets de commerce contrats commerciaux faillites 6ème ed DALLOZ 1972, p 184.

فقد يلتزم الوسيط بعملية توسط لإبرام صفقة وإجراء المفاوضات بين الطرفين فيها لا يكون هو ذاته على دراية بفحوى هذه الصفقة وإمكانية الطرفين من ثم فهو يحتاج إلى قدرة تفوق طاقته. ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على شخص آخر من أصحاب الفكر والدراية بفحوى تلك الصفقة، وبإمكانيات الطرفين، ففي هذه الحالة تكون الاستحالة نسبية ولا تمنع من انعقاد عقد الوساطة. ويكون الوسيط السمسار بالتالي مسئولا عن عدم تمام عملية التوسط ومن ثم يتحمل التعويض. وفي المقابل تكون الاستحالة مطلقة إذا تعهد الوسيط السمسار بعملية توسط لإبرام صفقة قد تم إبرامها قبل التعهد. أو إذا تعهد الوسيط السمسار لأجل إجراء عملية تفاوض مع شخص لإبرام عقد كان هذا الشخص قد توفي قبل إبرام التعهد متى كانت شخصية هذا الشخص محل اعتبار في العقد المزمع إبرامه كتعهد الوسيط السمسار في عملية التقريب بين نادى رياضي وأحد اللاعبين الرياضيين المشهورين وكان هذا اللاعب قد توفي قبل التعهد.و على كل يجب أن تكون الاستحالة قائمة وقت العقد فإذا كانت لاحقة له فان تأثيرها لا يؤثر على وقوع العقد التام الأركان، وإنما يعد عارضا من العوارض التي ينتهي بمقتضاها العقد قبل تمامه.(1)

والملاحظ أن شرط الوجود هو شرط متمم لشرط الإمكان فإذا كان شرط الإمكان شرط في الالتزام فان شرط الوجود هو شرط في الشيء الذي ينصب عليه الالتزام بعمل، فيجب أن يكون هذا الشيء موجودا وقت نشوء الالتزام بعمل أي وقت التعهد وانعقاد العقد. فقد يتعهد الوسيط السمسار بعمليات توسط لإبرام عقد بيع كان هذا الشيء المراد بيعه قد هلك قبل إبرام عقد الوساطة أما إذا هلك بعد ذلك فان هذا لا يؤثر في وجود العقد بل يؤثر في التزام الوسيط السمسار الذي صار تنفيذ التزامه مستحيلا عليه بسبب خارج إرادته ومن ثم يترتب عليه انقضاء هذا الالتزام وهو ما يقتضي انفساخ عقد الوساطة باعتباره عقدا ملزما للجانبين وزوال كل ما يترتب عليه من آثار.

ولكن قد لا يكون الشيء الذي ينصب عليه الالتزام بالعمل موجودا وقت إبرام العقد ولكنه قابل للوجود في المستقبل، ومع ذلك ففي القانون الفرنسي القاعدة هي أن الأشياء المستقبلة يجوز أن تكون محلا للتعهدات. فهو نفس الحكم نصت عليه المادة 131 من التقنين المدني المصري التي تنص على انه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا غيران

----

1 LA RROUMETchristian; droit civil les obligations;le contrat ;T111

.

3éme éd ;économica ;1°387 ;p 344

التعامل في تركه إنسان على قيد الحياة باطلة ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون". [(69)]

وبناءا على ذلك يجوز التوسط في بيع المال الذي لم يوجد بعد، ما دام قابلا للوجود فيما بعد (المستقبل) كالتوسط في بيع السلع التي لم يتم صنعها والتوسط في بيع المحصول قبل ظهوره أو حتى قبل زرعه والتوسط في بيع البناء قبل إقامته ، فإذا استحال وجود هذا المحل في المستقبل بسبب عارض أجنبي عن الوسيط السمسار وقبل إبرام العقد المتوسط فيه فان التزام الوسيط ينقضي لاستحالة الوفاء ويفسخ عقد الوساطة تبعا لذلك باعتبار انه عقد ملزم للجانبين طبقا للمادتين 307و121 من القانون المدني.

و الشيء المستقبل الذي ينصب عليه التزام الوسيط بعمل قد يكون محقق الوجود في المستقبل وقد يكون محتمل الوجود إذا كان غير مؤكد في المستقبل أي أن تحقيقه أمر يتوقف على عوامل خارجية لا دخل لإدارة الوسيط السمسار فيها كالتوسط في بيع نتاج لم يولد فهذا نتاج محتمل الوجود وليس محقق الوجود.

وفي المقابل فان عملية التوسط فى بيع المصنوعات التي لم يتم صنعها والبناء الذي لم يتم تشييده فإنها تكون منصب على أشياء محققة الوجود فى المستقبل لان وجودها يعتمد على قدرات الشخص الذي يعمل الوسيط على تقريبه من الموسط ولا يعتمد على الصدفة التي تتحكم فيها عوامل خارجية. [70]

على أن الفقه الإسلامي لا يجيز للتعامل في الأشياء المستقبلية قولا واحدا. على أساس تجنب الغرر وعلى ذلك أجمع الفقهاء على انه إذا لم يكون الشيء موجودا أصلا وقت التعاقد كان العقد باطلا، حتى ولو كان وجوده محققا في المستقبل على أن تعامل الناس والحاجة أوجدا استثناءات عن هذا المبدأ فأجاز الفقه الإسلامي بيع المعدوم في السلم و الاستصناع، و المساق والمزارعة والجعالة والإيجار. [71]

---

(69): د. السنهوري المرجع السابق ص55 و د. سليمان مرقس المرجع السابق ص105و ص111

(70): د. حسن حسين البراوي المرجع السابق ص315

(71): د. السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ا لمد الأول ، الجزء الثالث ص31 و د عبد الرحمان أب صالح الأطرم ، المرجع السابق ص83

وعمل الوسيط معلق على أمر غير محقق في المستقبل كإيجاد مشترى مثلا ورغبة هذاالمشترى في التعاقد فلا يدري متى يأتيه، وهذا مما يتعذر معرفته في صلب عقد الوساطة فحصل الغرر من هذا الوجه ومع ذلك فقد أجاز الفقهاء عقد الوساطة واعتبره عقد مشروعا.

ومع ذلك فان الفقهاء المعاصرين يميزون بين ما إذا كان العقد واقعا على شيء مستقبل محتمل الوجود دون أن يكون معلقا على شرط وجوده فيكون العقد احتماليا جزافيا أو عقد غرر، ولذلك يكون باطلا لما يقع فيه من غش وغيره، لان المدين يدفع المقابل حتى ولو لم يأخذ شيئا.

وبين إذا كان التعامل غير جزافي على انه ينصب على شيء مستقبل ولكن المتعاقد لا يدفع شيئا من الثمن أو الأجر إلا بقدر ما يأخذ من المبيع أو المنفعة فلا عيب في ذلك ولا غرر، ومن ثم ينبغي أن يكون التصرف صحيحا.

ومن باب أولى أن يكون التصرف صحيحا فيما هو محقق الوجود في المستقبل إذا كان التعامل فيه ليس جزافا لأن المتعاقد لا يدفع شيئا من الأجر أو الثمن إلا إذا وجد الشيء فعلا بعد إبرام العقد.(72)

وهذا ما ينص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 92 منه عندما أجاز التعامل في الأشياء المستقبلية شريطة أن يكون وجودها في المستقبل محققا.

حيث جاء فيها انه "**يجوز ان يكون محل التزام شيئا مستقبلا ومحققا**".

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أراد بذلك درء علة تحريم المحل غير الموجود وقت التعاقد، ومع انه ممكن الحدوث في المستقبل، بأنه اشترط أن يكون وجوده في المستقبل محققا ففي هذه الحال ينتفي عنصر الغرر إذ لا يلزم المتعاقد الآخر بشيء إلا إذا تحقق فعلا هذا المحل في المستقبل.

2- شرط التعيين:

يجب أن يكون محل الالتزام معينا لكي يرد عليه الاتفاق لأن عدم تعيينه يحول دون الوصول إلى اتفاق عليه و يكتفي في تعيين المحل بتبيان الأسس التي يمكن بمقتضاها تعيينه فيما بعد.

ففي التزام الوسيط باعتباره التزاما بعمل يجب أن يكون العمل المتعهد به معينا أو على الأقل قابلا للتعيين.

---

(72): السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي المرجع السابق ص52

فيجب أن يكون العمل معلوما ولكي يكون معلوما نافيا للجهالة يجب أن يكون معينا على ما سبق حتى يستطيع المدين الوفاء به والدائن التحقق من حصول الوفاء به وبذلك يقتضي تعيين نوع العمليات التي يتوسط في إبرامها وبيان أوصافها بيانا كاملا.

كما يتعين تعيين الأجر الذي يستحقه الوسيط عند نجاح الوساطة فلا يجوز ترك تعيين الأجر لمحضر إرادة الوسيط وهو حكم يتفق فيه الفقه الغربي مع الفقه الإسلامي.([73])

3- شرط المشروعية:

يجب أن يكون العمل الذي ينصب عليه عقد الوساطة مشروعا فإذا كان غير مشروع بان كان مخالفا للقانون أو للنظام العام أو الآداب كانت الوساطة باطلة.

ومن العقود التي لا شك في بطلانها لمخالفة محلها للنظام العام أو الآداب التعاقد مع شخص لاستغلال نفوذه في الدوائر الحكومية ليبحث له عن متعاقد مستغلا في ذلك نفوذه. أو التعاقد مع شخص ليحصل له على رخصة لإدارة منزل الدعارة أو لإدارة نادى للقمار فيكون التعاقد باطلا لمخالفته للآداب.

وكذلك الوساطة في الزواج تكون صحيحة إذا كان التزام الوسيط في الزواج التزام ببذل عناية ، أما إذا كان التزام الوسيط في الزواج التزاما بتحقيق غاية كان العقد باطلا على ان الكثير من الفقهاء يقولون إن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضربا من التجارة.([74])

ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدينة رقم الحكم 690 في سنه 1995 على انه:

"لا تقبل الدعوى بالعمولة القانونية المقامة من الوسيط المكلف بتدبير عريس. فالزواج وان اعتبر من الوجهة الحالية عقدا فان له من حيث موضوعه اعتبارات دينية وأدبية واجتماعية تميزه عما عداها من العقود فيجب تحقيقا لشرف غايته وموضوعه أن يجعل بمأمن من القرارات المالية التي قد تؤثر فى حرية المتعاقدين فيه وكل عمل من شأنه أن يعطل تلك الحرية او يؤثر بوجه ما يجب اعتباره مخالفا للقانون وللنظام العام وللآداب العامة.

وتبين من استحضار الدعوى بان المدعى اشترط الا يأخذ الأجرة إلا إذا تم الزواج فلا هم إذا للوسيط سوى إنجاح العقد إذ لا يتم له الحصول على أجره بغير ذلك وسيان عنده بعد ذلك كان في إتمام ذلك العقد سعادة الزوجين او تعاستهما ومثال هذه الوساطة التي لا

([73]): د. السنهوري المرجع السابق ص360

([74]): سمير جميل حسن الفتلاوي المرجع السابق ص441

غرض منها سوى الحصول على المال لا يستحق ان تكون أساسا لدعوى لان عقد الزواج ليس من العقود التي يصح ان تكون محلا للإتجارة والمرافعات إذ ليس موضوعه سلعة من السلع او بضاعة من البضائع حتى تتخذ الوساطة فيه حرفة يرتزق من وراءها.

فينجم عن ذلك أن الاتفاق مع الوسيط على عطاءه أجرا إذا نجحت وساطته هو اتفاق غير مشروع وعدم المشروعية هنا يرجع إلى السبب لأنه مما يخالف العادات والنظام العام أن يلتزم الوسيط بتزويج الطرف الآخر مقابل أجر وان يلتزم الطرف الآخر بإعطاء أجر مقابل هذا الزواج". (75)

و الوساطة في الزواج في العقد الإسلامي جائزة و يغلب أن تقوم بها المرأة على اعتبار أنها أعلم بشأن المخطوبة و تسمى بالدلالة أو الخاطبة , وهي اما أن تكون تبرعية و اما بأجر و قد اختلف الفقهاء في الوساطة بالأجر فمنهم من أجاز أخذ الأجرة و منهم من لم يجز.

فالحنابلة يجوز عندهم أخذ الأجرة على التوسط في النكاح جاء في كشاف القناع: (و قياسه – أي قياس البيع- نكاح فسخ لفقد كفاءة الزواج أو عيب في أحدهما فيرده- أي خاطب ما أخذه - و لا يرده إن فسخ النكاح لردة و رضاع و مخالعة) (كشاف القناع /153/05)[1]

و عند المالكية تجب التفرقة عندهم بين ما إذا كان عمل الوسيط مجرد دلالة بدون عمل و بحث فلا يستحق أجرا و بين ما إذا كان عمله مع البحث والسعي فيستحق الأجر.

فإن أتى رجل لآخر و قال له دلني على امرأة تصلح لي، و كان الوسيط عالما بامرأة تصلح له فلا عوض له على ذلك.

أما إن كان لا يعلم هذه المرأة بل يقوم بالبحث عنها أو سعى له لأجل الحصول منها على القبول فإنه يستحق العوض.

و الفرق بين الحالتين أن الجعل لا يجوز فيما يلزم فعله، و إنما يجوز فيما لا يلزمه أن يفعله , و لذلك ففي الحالة الأولى تكون وساطته من باب النصيحة إذ يعلم أن امرأة تصلح

---

(75): أشار إليه المحاميين هاري إدوار و نجيم السمسرة وال سمسار ص154 مكرر 85

[1] أشار إليه د. عبد الرحمن بن صالح الأطرم,المرجع السابق ,ص400

للموسط فدله عليها، فهي من باب النصيحة والنصيحة للمسلم مطلوبة لقول النبي عليه الصلاة و السلام (الدين النصيحة، قيل لمن يا رسول الله؟ قال لله و لرسوله و لأئمة المسلمين و عامتهم) رواه مسلم.

أما في الثانية فإن الوسيط لا يعلم امرأة وقت أن طلب منه الموسط ذلك، و لذلك فليس ملزما بأن يبحث عنها فإذا بحث و سعى استحق الجعل.

و الذي فرق بين المسألتين هو ابن رشد من المالكية إذ جمع بين قول الإمام مالك و قوله سحنون من مذهبه بعد أن ساق قول مالك و سحنون في المسألة: (قال ابن القاسم: قال مالك : من قال دلني على من يشتري مني جاريتي ولك كذا وكذا فدل عليه فذلك لازم له . ولو قال دلني من أواجره نفسي و لك كذا و كذا، فدل عليه , فذلك له , و من قال دلني على امرأة أتزوجها و لك كذا و كذا فلا شيء له، قال سحنون: كل ذلك عندي واحد، ليس بينهما فرق، و أرى أن يلزمه في النكاح مثل ما يلزمه في البيع و الأجرة، و قال أصبغ في كتاب البيع و الصرف من سماعه مثل قول سحنون) (المستخرجة مع البيان و التحصيل 440/8)

فابن رشد حمل قول مالك ألا أجر للدلال على أن المراد أن يدله على امرأة يعرفها و يعلم أنها تصلح له فهذا يلزمه أن يدله فلا يستحق جعلا و محل قول سحنون أن للدلال أجر على أن المراد من قوله دلني أي ابحث لي عن امرأة تصلح لي، فالبحث غير لازم له، فاستحق عليه الجعل .

و عند الحنفية أن للوسيط أجر على هذا العمل جاء في الفتاوي الخانية 327/2: (اختلاف المشايخ في الدلالة في النكاح هل يكون لها أجر؟ قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل الفضلي البخاري رحمه الله تعالى: لاأجر لها لأنه لا منفعة للزوج من كلامها بغير عقد، و إنما منفعة الزوج في العقد و العقد ما قام بها و قال غيره من المشايخ: لها أجر مثلها، لأن معظم الأمر في النكاح يقوم بالدلالة،فإن النكاح لا يكون إلا بمقدمات تكون من الدلالة، فكان لها أجر المثل بمنزلة الدلال في البيع، فإنه يستحق الأجر، و إن كان البيع يكون من صاحب المتاع).و قولهم لها أجر المثل معناه عند عدم الشرط اي عند عدم ذكر الأجر مسبقا و معناه عند من جعل الوساطة على العمل فاسدة إذ الأجر الواجب فيها هو أجر المثل [1]

و في الوقت المعاصر ظهرت أشكال حديثة من أشكال الوساطة في الزواج

من بين هذه الأشكال الإعلان في الصحف سواء من الرجل يرغب في البحث عن امرأة أو من المرأة ترغب في البحث عن رجل، بحيث تكون دار النشر هي الوسيط الذي يسعى من خلال نشر الجريدة في إقليم واسع و حتى خارج الحدود في بعض الأحيان لأجل التقريب

1- د: عبد الرحمان بن صالح الأطرم, المرجع السابق ص 399 ,ص 401

بين طرفين يرغبان في الزواج و تكون العمولةالتي تستحقها دار النشر متمثلة في الأجرة التي يدفعها الناشر عند نشر الإعلان .

كما ظهرت وساطة أخرى هي الأحدث في الوقت المعاصر هي تلك التي تتم عن طريق شبكة الإتصال عبر الأنترنات , بحيث يلجأ الراغب في البحث عن زوجة إلى مكتب من مكاتب شبكة الإنترنات المفتوحة للجمهور و تلجأ الراغبة في البحث عن زوج إلى مكتب آخر في مكان آخر و يتم الإتصال بين الطرفين بعد السعي و البحث في الشبكة من الطرفين فيتعرف كل منهما عن الآخر حتى بالصور و يملي كل واحد منهما شروطه للآخر، فإذا اتفقا حددا ميعادا في بيت المرأة و عند أهلها ليقوم الرجل بخطبة المرأة من أهلها رسميا فيزداد التعارف بينهما أثناء مرحلة الخطبة .

و هذه المكاتب تستحق الأجرة سواء أوجد الراغب في الزواج المرأة المرغوبة أم لم يجد ما دام أن هذه المكاتب قد عرضت عليه قائمة كبيرة من النساء الراغبات في الزواج و لكن هذه الأجرة لا تستحق عن عقد الوساطة، إذ الأجرة في عقد الوساطة لا تستحق إلا بعد إبرام العقد المتوسط فيه، و لكن هي أجرة مقابل استعمال شبكة الإتصال و مقابل استعمال أجهزة الحاسوب في البحث.

ثالثا: تطبيقات لمحل عقد الوساطة:

1- الوساطة في بيع الأوراق المالية:

لقد أوجب المشرع الجزائري وجوب تدخل الوسيط في أداء أية مفاوضة تتناول قيما منقولة مقبولة في البورصة إذ تنص المادة 4 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة على أن:

((يقوم بالمفاوضات والمعاملات داخل البورصة وسطاء في عمليات البورصة))

ونصت المادة 5 منه على انه((لا يجوز إجراء أية مفاوضة تتناول قيما منقولة مقبولة في البورصة إلا داخل البورصة ذاتها وعن طريق وسطاء في عمليات البورصة.))

ولقد أوجب القانون الفرنسي رقم 88-70 الصادر في 22جانفي 1988 في مادته الأولى وجوب تدخل شركات البورصة في بيع الأوراق المالية (société de bourse) إذ تخول لشركات البورصة وحدها تداول الأوراق سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة فهو يقرر احتكار شركات البورصة بالوساطة في بيع الأوراق المالية.

كما أوجب المشرع المصري في المادة 18 من قانون سوق الأوراق المالية رقم 90 سنه 1992 تدخل شركات السمسرة في التعاملات في الأوراق المالية المقيدة بالبورصة بالنص على انه: **((يكون التعامل في الأوراق المالية المقيد بالبورصة بواسطة إحدى الشركات المرخص لها بذلك، وإلا وقع التعامل باطلا وتضمن الشركة سلامة العملية التي تتم بوساطتها.))**

ويهدف تدخل السمسار في بيع الأوراق المالية إلى حماية المستثمرين والمدخرين الذين يرغبون في شراء تلك الأوراق اذ لا تتوافر لديهم خبرة في مجال الاستثمار في الأوراق المالية ولذلك أوجب المشرع تدخل أشخاص تتوافر لديهم الخبرة في أعمال البورصة كما تتوافر لديهم أخلاقيات المهنة.

هذا وان كان تدخل الوسطاء في هذا المجال يحمل هؤلاء المستثمرين تكاليف زيادة سواء تلك المتعلقة بالعمولة التي تدفع للوسيط أو تلك التي تتعلق بالعبء الضريبي الذي يترتب على التعامل في الأوراق المالية في البورصة كما أدى هذا الاحتكار المقرر للوسطاء إلى عرقله تداول الأوراق المالية وهذه تتنافى مع تشجيع تداول الأوراق المالية والنشاط الذي يجب أن يسود عمل البورصة باعتبار أنها سوق للأوراق المالية.[76]

لقد نصت المادة 6 من المرسوم التشريعي المذكور على انه **((يمكن أن يمارس عمل وسيط في عمليات البورصة بعد اعتماد من اللجنة، أشخاص طبيعيين أو شركات ذات أسهم تنشأ خصيصا لهذا الغرض.))**
ونفهم من هذا النص أن الوساطة في بيع الأوراق المالية ليست حكرا على الشركات المختصة بالسمسرة في هذه الأوراق، بل يجوز تداول الأوراق المالية بواسطة سمسار فرد أي شخص طبيعي.

غير أن المشرع الفرنسي جعل هذه العملية قاصرة على الشركات المرخص لها بالسمسرة دون الأشخاص الطبيعيين المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 88-70 الصادر فى22 جانفي 1988.

---

[76]:الدكتور صلاح أمين أبو طالب دور الشركات السمسرة في بيع الأوراق المالية ، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والمصري ، دار النهضة العربية طبعة سنة 1995 ص5-7 .

وكانت المادة 18 من قانون سوق رأس المال رقم 90 سنه 1992 المصري، تجعل عملية الوساطة في البورصة قاصرة على الشركات المختصة في ذلك، ولكن بعد صدور قانون التجارة الجديدة رقم 17 سنه 1999 نصت المادة 45 منه على انه يجوز أن يكون ذلك الوسيط شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا.[77]

ويظهر من نص المادة 5 من قانون البورصة الجزائري المذكور انه يجب تدخل الوسيط في بيع الأوراق المالية بالبورصة توافر شروط وهى:

أولا: أن يكون التعامل بالأوراق المالية.

ثانيا: تقيد الأوراق المالية في البورصة.

فنصت المادة 5 المذكورة على انه لا يجوز إجراء أية مفاوضة تتناول قيما منقولة مقبولة في البورصة إلا داخل البورصة ذاتها وعن طريق وسطاء في عمليات البورصة.

إذا المقصود بالأوراق المالية هنا هي القيم المنقولة والبورصة هي المكان المخصص للتعامل في أنواع معينة من الأموال. فبورصة القيم المنقولة هي السوق التي تتداول فيها اللأوراق المالية, أما البضائع فيتم التعامل فيها في بورصة تسمى بورصة البضائع ولقد نصت المادة 715 مكرر 30 من المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 25 أفريل المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري على أن "**القيم المنقولة هي سندات قابلة للتداول تصدرها شركات المساهمة وتكون مسعرة في البورصة أو يمكن أن تسعر وتمنح حقوقا مماثلة حسب الصنف وتسمح بالدخول مباشرة أو بصورة غير مباشرة في حصة معينة من رأس مال الشركة على المصدرة أو حق مديونية عام على أموالها**".

ولقد عرف الفقه الأوراق المالية بانها تلك الصكوك التي يصدرها أشخاص اعتبارية عامه، كالدولة والهيئات العامة أو خاصة كشركات الأسهم والمساهمة والتوصية بالأسهم بحيث تخول تلك الصكوك ذات الإصدار الواحد لحاملها حقوقا مماثلة، وتقبل التداول بالطرق التجارية، وقابلة للقيد ببورصة الأوراق المالية. [78]

وفي الأصل أن الوسيط في مجالات التعامل في الأوراق المالية في سوق البورصة لا يعد سمسارا ذلك لان هذا الأخير إنما يقوم بنشاط مادي يقف عند حد التقريب بين الأطراف

---

(77): المستشار الدكتور محمد شتا أبو السعد ، المرجع السابق ص380

(78):صلاح أمين أبو طالب المرجع السابق ص21

ولا شأن له بإبرام العقد، أما الوسيط في مجال التعامل في الأوراق المالية فهو مفوض وينفذ هذا التفويض بإبرام العقود باسمه ولا يعرف بائع الورقة شخص مشتريها فكل العمليات يقوم بها هذا الوسيط فهو لا يقف عند حد التقريب بين الطرفين وإنما يحل محلهم في تنفيذ أوامرهم كما انه يضمن سلامة العمليات التي يبرمها وبذلك يصبح مركز هذا الوسيط في مجال التعامل في الأوراق المالية في مركز الوكيل بالعمولة الضامن. [79]

2- السمسار البحري:

لقد تنوعت المعاملات التجارية وازدهرت الملاحة البحرية وذلك نتيجة للتطورالتكنولوجي الذي شهده قطاع بناء السفن العالية التقنية وهى سفن مجهزة بشكل خاص لنقل الحاويات وهي تختلف عن السفن العادية سوءا من حيث تصميمها، أو من حيث طاقة حمولتها، وهى اما سفينة حاوية كاملة the fully containerised vessel واما سفن حاوية جزئيـ ـا Partial containerclip .وتطورها هذا جاء نتيجة تطور نظام النقل بالحاويات وهي كما عرفها سايمور سيمون بأنها أداة جهاز نقل معدنية تستعمل بشكل متكرر ولا يقصد منها أن تكون تغليفا للبضاعة، كما أن تصميمها يتطلب تزويدها بأبواب تسهل مناولة البضاعة منها وإليها.

وهى تعمل على استيعاب عدد كبير من الطرود وتحفظها من التلف بتقليل عدمراتالمناولةالتي تتم بوسائل ميكانيكية خاصة.([80])

هذا وقد حضي موضوع صلاحية الحاوية للحمولة باهتمام لجان صناعة النقل بعد ان أثبتت أنها أداة النقل المثلى في العصر الحديث فقامت منظمة المواصفات القياسية الدولية بتخصيص لجنة (وهى اللجنة الفنية رقم104) تتولى وضع التوصيات اللازمة في مجال توحيد المواصفات اللازمة لصناعة الحاويات بشكل يمكن معه أن تتم مناولتها بين وسائل النقل المختلفة بيسر وسهولة وبشكل يضمن سلامة الحمولة التي تنقل بها وسلامة العنصر البشري الذي يتعامل معها.

كما قامت المنظمة البحرية الاستشارية للحكومات أمكو IMCO بوضع قواعد خاصة بعوامل حمولة الحاويات وصيانتها، ظهرت في الاتفاقية الدولية لسلامة الحاويات والتي وقعت في مؤتمر جنيف الخاصة بالنقل الدولي بالحاويات في نوفمبر سنه1972.

---

[79]: مختار أحمد بريري ، قانون المعاملات المالية ص151

(80):الدكتور عبد القادر حسن عطير الحاويات و أثرها في تنفيذ عقد النقل البحري الدار الجامعية ، مطبعة 1983 ، رسالة دكتورا ص15

وتهدف الاتفاقية إلى ضمان مستوى عال من سلامة الأرواح البشرية التي قد تتعرض للأخطار أثناء مناولة وتستيف ونقل الحاويات.

وان صلاحية الحاوية للحمولة يترتب عليها نتائج خطيرة يتعرض لها الناقل سواء كان مالكا أم مستأجرا لها أو حتى إذا كانت مقدمة من الشاحن نفسه، وذلك بسبب عجز الناقل عن ممارسة العناية الواجبة في قبول الحاوية التي يقدمها الشاحن وتكون مصابة بأحد العيوب التي تنقص من صلاحيتها للحمولة.

فقد انهارت أرضية حاوية أثناء رفعها برافعة شوكية، مما نتج عن ذلك انقلاب الرافعة وتطاير لوح زجاجي أصاب عاملا بإصابات خطيرة كلفت تسويتها مبلغ ثلاث مائة آلف دولار.(81)

وقد حكم القضاء بمسئولية الناقل عما أصاب الأسلاك المجلفنة calvanised wires التي كانت تشكل حمولة الحاوية التي ينقلها الناقل، من تلف ناتج عن دخول ماء المطر بواسطة ثقب في سقف الحاوية إلى الداخل. قضية M PAQUET ET CO . V .dait CONTAINER LINE CO.973 A.C.926 (82)

وأمام تعقد صناعة السفن الحديثة وتعقد صناعة الحاويات والمقاييس القانونية الدولية التي يجب أن تكون عليها، فان عملية شراء تلك السفن الحاوية بل و حتى الحاويات ذاتها يحتاج إلى تدخل أشخاص مؤهلين يستطيعون الاطلاع على العيوب العالقة بهذه السفن أو هذه الحاويات، والتي تخفى في الغالب على المشترين سواء كانوا ناقلين أم شاحنين.

ولذلك نص القانون رقم98-05 المؤرخ في 5 جوان 1998 المتضمن القانون البحري في المادة 631منه. على أنه "**يعد سمسار بحريا كل شخص طبيعي أو معنوي يلتزم مقابل أجر وبموجب وكالة بالعمل كوسيط لإبرام عقود شراء السفن وبناءها وعقود الاسترجاع والنقل البحري والعقود الأخرى التي تتعلق بالتجارة البحرية.**"

ولا يقتصر هذا التدخل على شراء أو كراء السفن أو شراء أو كراء الحاويات بل أيضا بمناسبة إبرام عقود النقل البحري أو أي عقد من عقود التجارة البحرية (عقود بيع أهمها).

وتدخل الوسيط السمسار في عقد شراء أو كراء السفن أو شراء أو كراء الحاويات يفرض عليه ضمان سلامتها للملاحة البحرية فإذا تلفت البضاعة بسبب عيب في السفينة الحاوية أو في الحاوية ذاتها فان الناقل الذي رجع عليه الشاحن بالمسئولية عن هذا التلف يستطيع هو أن يرجع على الوسيط السمسار إذا ثبت في جانبه غشا أو خطأ جسيما أو إذا ثبت في جانبه تقصير أو إهمال في واجباته كخبير متخصص في مثل هذا النوع من العمليات.

---

(81): د . عبد القادر حسن العطير المرجع السابق ص237-238

(82): د . عبد القادر حسن العطير الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري مرجع السابق ص239

ولقد نصت المادة 636 من القانون المذكور على انه:

"يعد السمسار البحري مسئولا عن أعماله بمقتضى أحكام القانون العام".

على أن الدعوى ناشئة من العلاقة القائمة بين السمسار البحري ووكيله تتقادم بانقضاء سنتين ابتداء من استحقاق الدين المادة673.

ويجوز أن يلتزم السمسار بالعمل لحساب طرفين متعاقدين إذا عين من قبلهما، وفي هذه الحالة يتعين عليه إعلام كل من الطرفين بأنه يتصرف لحسابهما وبأنه يتعهد بالعمل بكل تجرد مع الأخذ بعين الاعتبار مصالح كل منهما المادة 634من الأمر المتضمن القانون البحري.

وفي الوساطة في عقد النقل يلتزم الوسيط السمسار باختيار الناقل إذا كان مفوضا من الشاحن وهذا يقتضي منه اختيار ناقل يملك سفينة صالحة للملاحة تقوم بتوصيل البضاعة سليمة إلى ميناء الوصول، ويقصد بصلاحية السفينة للملاحة أن يتوفر فيها من شروط المتانة والقوى والسلم ما يجعلها قادرة على تحمل شدائد البحر العادية والقيام بالرحلة المقررة.

كما يلتزم بتأمين حاويات خالية من العيوب ولا يعني هذا أن الوسيط السمسار ملتزم بتحقيق نتيجة وهي إيصال البضاعة سالمة بالشكل الذي استلمها الناقل في ميناء القيام،فهذه النتيجة يلتزم بها الناقل وحده أما الوسيط السمسار فهو يلتزم ببذل عناية لاختيار ناقل يملك سفينة صالحة للملاحة وهي عناية السمسار الحريص المتمرس، وأن القول بالتزام الوسيط السمسار بتحقيق نتيجة وهي إيصال البضاعة سالمة معناه انه طرفا في عقد النقل الذي لم يبرمه أصلا وهذا غير مقبول فلا يكون مسئولا عن تنفيذه.

كما انه يستحق الأجر بمجرد نجاحه في التوفيق بين الطرفين وإبرام العقد سواء نفذ أو لم ينفذ، شريطة ألا يكون عدم تنفيذه ناجم عن خطأ من الوسيط السمسار.

« mais si le courtier est responsable de cette inexécution le droit de courtage ne lui est pas du. » LYON08 MARS 1934 rec gaz.pal.1934.1.920. DALLOZ .D.COM T I P666 N 26 ([83])

والوسيط السمسار في هذه الحالة لا يكون مع الناقل الذي قدم سفينة أو حاوية غير صالحة متضمنا في المسئولية ذلك أن أساس التضامن هو وحدة المصدر أو السبب وهنا نحن أمام سببين مختلفين فالوسيط السمسار سبب التزامه هو عقد الوساطة أو السمسرة بينما سبب التزام الناقل هو عقد النقل.

ولذلك يجوز للعميل الشاحن أن يرجع على كل منهما كل حسب درجة مسئوليته في الضرر الذي حصل له.

---

(83): المحامي هاري إدوارد نجيم السمسرة و السمسار بيروت 1985 ص61 وص118.

3- الوساطة في المعاملات الواردة على العقار (الوكالات العقارية)

لقد انتشرت في الجزائر ما يسمى بالوكالات العقارية. و ذلك إثر ازدياد المعاملات الواردة على العقار، و إثر ارتفاع أسعاره ارتفاعا باهضا،وهو ماجعل التعامل في العقار مباشرة دون وسيط أمر غير مستساغ في الكثير من الأحيان.

و دور الوسيط صاحب المكتب أو الوكالة العقارية هو البحث للعميل عن مشتر أو عن مستأجر لعقاره أو البحث للعميل عن بائع أو مؤجر، فيأتيه الراغب في البيع مثلا ليضع عنده ما يدل على أن هذا العقار له ويأتيه الراغب في الشراء فيعمل الوسيط السمسار عندئذ بالتقريب بين البائع و المشتري.

كما يقوم الوسيط السمسار بالسؤال و البحث عن راغب في الشراء أو راغب في البيع، و يستعمل أحيانا وسائل الدعاية و الإعلان عن طريق الجرائد و المجلات و نحوها.

و هو نفس العمل يقوم به بخصوص التوسط في التأجير.

وإذا تمت وساطته استحق الوسيط السمسار الأجرة أو العمولة، و تقدر في العرف في بيع و شراء العقارات بـ 3٪ من الثمن المستحق في ذمة البائع،و3 ٪ في ذمة المشتري.

و إذا لم يتم البيع فإن الوسيط السمسار لايستحق عوضا " مهما عمل من البحث و الدعاية إلا إذا وجد شرط في خلاف ذلك.

و يكتب الوسيط السمسار صاحب الوكالة العقارية عقد إبتدائي بين الطرفين. ثم بعد ذلك يكون التوثيق لهذا العقد بالتوجه إلى الموثق.

و لا يضمن الوسيط السمسار صاحب الوكالة تنفيذ العقد سواء كان توسطه في إبرام عقد البيع أو في إبرام عقد الإيجار.

4- الوساطة في الإستراد من الخارج:

إن البضاعة أو السلعة لا تستقر في يد المستهلك مباشرة من الصانع أو المنتج و إنما بعد مرورها على عدة متدخلين في عملية عرضها للإستهلاك، فمن الصانع أو المنتج، إلى المصدر إلى المستورد إلى تاجر الجملة، إلى تاجر التجزئة، وصولا إلى المستهلك، و غالبا ما يكون الصانع أو المنتج في بلد أجنبي عن بلد المستورد , و لما كان المستورد لايحيط علما بعدد من المصانع و الشركات المصدرة للبضاعة التي يرغب في استرادها، فإنه يلجأ في الغالب إلىوساطة شخص يكون على علم بعدد من المصانع و الشركات المصدرة للبضاعة المطلوبة , فيقوم هذا الوسيط حينئذ بالإتصال بالشركة لأجل التقريب بينها و بين التاجر

المستورد،كما يقوم بالمفاوضات بينهما علىالسعر وغيره، فإذا توافق الطرفان ، يرسل المشتري الثمن عن طريق المصرف أو البنك، و يستلم بضاعته في الميناء.

و قد يكون سبب لجوء المستورد إلى الوسيط هو الزيادة الكبيرة في أنواع المنتجات و أشكالها،و أحجامها و طرق استخدامها (كالأغذية، و مستحضرات التجميل، و مواد التنظيف، والأدوات الطبية، و المستحضرات الصيدلية، و غيرها إلى الأجهزة المنزلبية، من مذياع ، و تلفاز، و ثلاجة ، و غسالة، و مكواة، و أجهزة الإعلام الآلي و غيرها من الأجهزة الكهرومنزلية و إلى جانب الآلات الضخمة والسيارات و الطائرات و السفن ... إلخ هذه الزيادة وما صاحبها من تعقيد بسبب التقنية العالية جعلت المستورد لايمكنه أن يحيط علما بخصائصها و مكوناتها، و العلم الكافي بها، بما يسمح له من استعمالها الإستعمال الأمثل، أو تجنب أضرارها أثناء هذا الإستعمال ، حتى ولو اتصل هو مباشرة بالمنتج أو الصانع و التزم هذا الأخير بالإفضاع للمشتري ببيانات منتجاته، ذلك لأن المستورد عادة لا يكون قادرا على التحقق من مدى صدق تلك البيانات المقدمة إليه من المنتج أو الصانع، حتى يقدم على التعاقد عن بصيرة،أو التفاوض بشأن الثمن المطلوب من المنتج أو الصانع.

هذا كله و غيره, كان من دواعي لجوء المستورد إلى وساطة شخص يكون الأقدر على اختيار الصانع أو المنتج المصدر من بين الشركات الصانعة أو المنتجة، و الأقدر على العلم الكافي بالسلع المطلوبة من المستورد و بالتالي التفاوض بشأنها عن علم و إدراك، و الإفضاء بهذه المعلومات و البيانات للموسط المستورد لكي يتعاقد عن علم و إدراك مع المنتج أو الصانع المصدر. و الوسيط هنا ليس وكيلا عن أحد الطرفين، بل إنه يعرف أحدهما بالآخر، ويقرب بينهما و هنا ينتهي دوره ثم تكون العلاقة بينهما مباشرة في استلام البضاعة واستفاء الثمن.

و عادة مايكون هذا الوسيط السمسار في بلد المنتج أو الصانع، و ليس في بلد المستورد و لذلك قديكون مكلفا من الطرفين ،من المنتج أو الصانع بالبحث عن مشتر، و من المستورد بالبحث عن بائع أو مصدر، و تكون العمولة المستحقة له حسب الإتفاق، و على عاتق من وسطه من الطرفين، و عادة ما تكون نسبة مئوية من الثمن.

و مماتجدر الإشارة إليه أن الوسيط السمسار إذا كان مكلفا بالبحث عن بائع، فحسب فإن مهمته تنتهي عند هذا الحد. ولكن قد يكون مكلفا بالبحث عن ناقل ففي هذه الحالة نكون أمام عقد وساطة آخر له آثار مستقلة عن عقد الوساطة الأول.

و قد ظهرت وسائل جديدة و من سائل الوساطة في مجال الإستراد من الخارج، و من تلك التي تتم عبر شبكات الإتصال الإنترنات إذ أن معظم الشركات العالمية المنتجة لها رموز و أرقام إتصال خاصة بها عبر شبكة الأنترنات، و لذلك فما على المستورد الا استخدام هذه الشبكة للإتصال بتلك الشركة و الحصول على كل المعطيات التي تهمه عن البضاعة التي يرغب في استرادها ، بل أنه يستطيع التفاوض عبر هذه الشبكة مباشرة مع الشركة المنتجة، أو المصدرة. و تكون ادارة البريد و المواصلات المالكة لشبكة الإنترنات هي التي تلعب دور الوسيط في هذه العملية، و تكون الأجرة المستحقة عن استخدام الشبكة هي بمثابة العمولة المستحقة لها عن عملية الوساطة.

و قد تكون الشبكة مملوكة لمكتب من المكاتب الخاصة المفتوحة للجمهور. و عندئذ يكون هذا المكتب هو الذي يلعب دور الوسيط في العملية, و تكون عمولته هي تلك الأجرة المستحقة عن استخدام شبكة الأنترنات إلا أنها تستحق حتى و لو لم يتم العقد النهائي بين المستورد و المنتج أو المصدر على أن استحقاقهاعندئذ يكون نتيجة استخدام الشبكة و ليس نتيجة لعقد وساطة.

و قد يفضل الكثيرين الإلتجاء إلى وسيلة الأتصال الأنترنات للبحث عن مصدر و هذا لعدة أسباب .

الأول: سرعة العملية،إذ لاتستغرق العملية للوصول إلى منتج مصدر إلا بضعة دقائق. كما يجنب الطرف المستورد مشقة السفرالطويل الذي قد يكون من قارة لآخر.

ثانيا: اقتصاد في الأموال،ذلك لأن عمولة الوسيط السمسار فيما لو كان شركة أو شخص طبيعي يمتهن مهنة الوساطة تكون مرتفعة، بالمقارنة مع ما يدفعه المستورد إلىصاحب مكتب شبكة الأنترنات مقابل استخدامه هذه الشبكة حيث لا يتجاوز بضعة دنانير في الساعة الواحدة. أما الصعوبة في استخدام هذا النوع من الوساطة هو أن المستورد لا يمكنه العلم بالصانع أو المنتج، و لا برمز بريده الإلكتروني، إلا من خلال منتجات هذا الصانع أو المنتج المطروحة في السوق، فإذا أخذ الرمز المدون على هذه المنتجات و اتصل بالمنتج أو المصدر، قد يجد أن المستورد الذي عرضها في السوق متمتع بحق البائع الحصري concession exclusive فلا يستطيع بالتالي المنتج أو المصدر التعاقد معه حول نفس البضاعة .

5- الوساطة في المعارض:

المعارض ، محلات تجارية واسعة تجمع فيها السلع المختلفة لعرضها على الراغبين في الشراء.[1] و صاحب المعرض قد يكون هو المالك لهذه السلع التي يعرضها للبيع، و قد يكون وسيطا بين مالك السلعة و الراغب في الشراء، و فيهذه الحالة الأخيرة، يطلب صاحب السلعة منتجا كان أم موزعا من صاحب المعرض عرض سلعته في المعرض ، على الجمهور الراغبين في الشراء, ويسمى صاحب السلعة الثمن الذي تباع به، أو يترك التسمية، و إذا جاء راغب في شراء السلعة المعروضة فإن صاحب المعرض الوسيط يراجع صاحبها ويعمل على تقريب الراغب في الشراء الى صاحب السلعة .

و يستحق الوسيط صاحب المعرض عمولته إذا نجحت وساطته وإبرم عقد البيع بين صاحب السلعة و الطرف الآخر، و عادة تكون هذه العمولة نسبة مئوية من ثمن السلعة و قد يكون الوسيط صاحب المعرض وكيلا عن صاحب السلعة و عندئذ فإنه يبرم هو العقد باسم موكله و لحساب هذا الأخير. كما قد يكون وكيلا بالعمولة فيبرم العقد باسمه و لحسابه و لكن يحول نتائج هذا العقد بعد ذلك لموكله.

هذا و قد يتفق صاحب السلعة مع صاحب المعرض على أن يؤجر له قاعة العرض ليقوم صاحب السلعة بعرض السلعة بنفسه، و استقبال الراغبين في شراء سلعته، و عندئذ لايكون العقد بين صاحب السلعة و صاحب المعرض عقد وساطة , و إنما يكون العقد عقد إيجار لقاعة العرض, إذ لا يلعب صاحب المعرض أي دور و لايقوم بأية وساطة.

و عادة ما يكون عقد الوساطة عن طريق المعارض عقد دولي ،إذ الغالب أن يكون مالك السلعة طرف أجنبي عن البلد الذي تعرض فيه السلعة، و أجنبي عن صاحب المعرض ذاته , كالوساطة التي تتم بين شركات إنتاج و بيع السيارات العالمية و صاحب المعرض في

الدولة التي سيقام فيها هذا المعرض، و قد يكون صاحب المعرض شخص معنوي أو شخص طبيعي.

---

[1] د. عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ص 436.

6 - الوساطة في ابرام عقد العمل:

الغالب ان يتم عقد العمل مباشرة بين العامل و صاحب العمل الا انه قد يتدخل للتقريب بينهما في ابرامه وسطاء و في هذه الحالة الاخيرة قد يقوم الوسيط بدوره بمقابل و قد يقوم به بدون مقابل . و الوساطة في ابرام عقد العمل نافعة للعامل المتعطل فهي تسهل ايجاد عمل له ، ولكنها قد تكون ضارة له , لانها تحمل خطرا كبيرا عليه عندما تتخذ وسيلة لاستغلاله . وهي تتم اما عن طريق مكاتب التشغيل و الاستخدام او التوظيف و اما عن طريق متعهد توريد العمل :

أولا: مكاتب تشغيل الشباب:

لقد عنى المشرع عناية كبرى بمشاكل البطالة و لذلك اوجب على البلديات ان تنشيء مكتبا للاستخدام العمل تحت ادارة رئيس البلدية و اشراف وزارة العمل مصلحة الشؤون الاجتماعية و هي المعروفة اليوم باسم " مكاتب تشغيل الشباب " و تختص مكاتب تشغيل الشباب سالفة الذكر بما يأتي :

1. بقبول طلبات الاستخدام و طلبات اليد العاملة في كل مهنة من المهن و تقوم بقيد تلك الطلبات في سجل خاص طبقا لتاريخ ورودها و هذا بعد تصنيفها .
2. تتولى عملية البحث عن عمل للعاطلين و بذل المساعي لهذه الغاية .
3. تقوم باحصاء عدد العاطلين عن العمل .

و الملاحظ ان هذه المكاتب لم تقم بالدور المطلوب منها و على الاقل فانها لم تقم به على الوجه الاكمل , و ذلك لأن اصحاب العمل لا يقصدون في الغالب هذه المكاتب لأجل توظيف أو تشغيل العاطلين عن العمل , كما انهم لا يلزمون بذبك , كما لا يلزمون بالتبليغ عن الاماكن الشاغرة ، كما انه ليس بالضرورة ملء هذه الأماكن الشاغرة عن طريق مكاتب تشغيل الشباب و هذا كله راجع لانعدام الصلة و التنسيق بين تلك المكاتب و أرباب الأعمال , كما يرجع ذلك الى ندرة مناصب الشغل بسبب اولا : الازمات الاقتصادية التي تمر بها اغلب المؤسسات و هي عمومية عادة دفعت بها الى تقليص عدد العمال بدلا من تشغيل عمال جدد. و ثانيا : ضعف الاستثمار في

البلاد لأن ازدهار الاستثمار في بلد ما معناه مصانع جديدة و تشغيل يد عاملة كبيرة و العكس صحيح .

بالاضافة الى مكاتب تشغيل الشباب يجوز للجمعيات انشاء مكاتب تشغيل العاطلين و لكن لا يجوز لهذه المكاتب المذكورة اقتضاء اجر عن وساطتها ، لانها ذات طابع اجتماعي لا تهدف الى تحقيق ربح من وراء ممارسة نشاطها .

ثانيا : توريد العمال :

التعهد بتوريد العمال صورة من صور التوسيط في ابرام عقد العمل و فيها يقوم شخص بتوريد العمال لاحد اصحاب الاعمال دون اشراف منه على العمل او العمال .

و لم يأخذ بهذا النظام القانون الجزائري, وقد كان القانون المصري الملغى رقم 91 لسنة 1959 يأخد به في المادة 22 وقد نصت عاى أنه:(يكون اصاحب العمل فيالجهات التي لا تسري عليه أحكام توظيف تخديم العاطلين , أن يعهد الى متعهد بتوريد عمال له) . ولقد ألغى هدا القانون المصري الجديد لسنة 1981 هدا النوع من الوساطة في ابرام عقد العمل بموجب المادتين 17, و18 منه .(1)

----

(1): حسن كيره ، اصول قانون العمل ، عقد العمل ط : ثالثة : 1973 ،ص254 و ب ، توفيق حسن فرج ، قانون العمل في القانون البناني و القانون المصري الجديد الدار الجامعية للطباعة و النشر ، ص 179

الفصل الثاني

في

آثارعقدالوساطةوانتهائه

يقصد بأثار عقد الوساطة هو ما ينشأ عن هذا العقد من التزامات و حقوق في ذمة طرفيه الوسيط و العميل، باعتبار أن عقد الوساطة هو عقد ملزم للجانبين و يولد حقوق و التزامات متبادلة.

و قد سبق البيان أن عقد الوساطة هو من العقود الواردة على العمل وهو نوع من عقود المقاولة و لذلك كان الإلتزام الرئيسي المترتب في ذمة الوسيط السمسار هو أداء العمل المتوسط فيه , كما أن هناك التزامات أخرى ذات أهمية كبيرة بالنسبة لعقد الوساطة و هي من مستلزمات الإلتزام الرئيسي الذي لا يستقيم بدونها , و إلى جانب هذا و ذاك , يلتزم الوسيط السمسار أحيانا بالضمان.

و تقوم المسؤولية المدنية للوسيط السمسار عن إخلاله في تنفيذ إلتزام من التزاماته على أن المسؤولية المذكورة قد تكون مسؤولية عقدية و قد تكون مسؤولية تقصيرية حسب الأحوال و حسب نوع الخطأ و كونه ناشئ عن إخلال بالتزام عقدي أم أنه إخلال بالتزام قانوني.

و إلى جانب إلتزامات الوسيط السمسار فإن العميل الموسط يلتزم اتجاه الوسيط السمسار بدفع الأجرة أو العمولة , كما يلتزم نحوه برد بعض المصروفات, و إذا كان هناك إخلال من جانب العميل في أداء التزاماته اتجاه الوسيط السمسار قامت المسؤولية المدنية للعميل,مايترتب عنها من تعويض يكون مستحقا للوسيط السمسار عن هذا الإخلال. وتنتهي الوساطة بطرق الانتهاء العامة ولكن هناك طرق خاصة تنتهي بها ايضا. و لذلك نتناول هذا الفصل في ثلاث مباحث/

المبحث الأول: في التزامات الوسيط السمسار

المبحث الثاني: في النتزامات العميل

المبحث الثالث:انتهاء عقد الوساطة

المبحث الأول

في

التزامات الوسيط السمسار

يلتزم الوسيط السمسار بالتزام رئسي هو التزامه بأداء العمل محل العقد و لكن هذا الإلتزام لا يكون منفذا إلا إذا كان مصحوبا بعدة التزامات أخرى تعد من مستلزمات الإلتزام الرئيسي ولقد نصت المادة 107فقرة 2 من القانون المدني على انه (ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب,بل يتناول أيضا ماهو من مسنتلزماته وفقا للقانون,والعرف , والعدالة, بحسب طبيعة الالتزام.),وأهم الالتزامات التي هي من مستلزمات الالتزام الرئيسي,الالتزام بالافضاء ,أوبالاعلام,أوكما يسميه البعض الالتزام بتقديم المشورة أوالنصيحة ولذلك نتناول في هذا المبحث بيان الالتزام الرئيسي للوسيط السمسار,الاوهو الالتزام بأداءالعمل وكونه تصرفا قانونيا أم عملا ماديا , وبيان مستلزمات هذا الالتزام من حيث تحديد مضمون هذه ا المستلزمات , وأهميتها ,وطبيعتها, و كما يلتزم الوسيط السمسار بالضمان في حالة وجود شرط في العقد يقضي بذلك, لأن الأصل, هو عدم تحمل الوسيط السمسار اي ضمان, اذأن مهته تنتهي عند ابرام العقد الذي توسط فيه , غير انه يتحمل المسئولية اذاكان عدم ابرم هذا العقد راجعا الى اخلال الوسيط السمسار في تنفيذ التزماته التعاقدية وكان ذلك بفعله الشخصي ,أو كان راجعا الى فعل الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزماته وهو مايسمى بالمسئولية العقدية عن فعل الغير, على أنه اذا كان هدا الاخلال في مواجهة الطرف الآخر وليس في مواجهة العميل, فان مسئولية الوسيط السمسار تكون مسئولية تقصيرية وليست مسئولية عقدية.

و لذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: التزام الوسيط بأداء العمل

المطلب الثاني: في التزام الوسيط بالضمان و مسؤوليته المدنية

المطلب الأول

التزام الوسيط بأداء العمل

يتمثل الالتزام الرئيسي للوسيط السمسار في التقريب بين المتعاقدين أي بين موسطه العميل، والطرف الآخر الذي تتوافر لديه الرغبة في إبرام العقد مع العميل والغالب أن يقوم الوسيط السمسار بعملية التفاوض بين الطرفين. والأصل أن مهمة الوسيط السمسار تنتهي بإتمام التعاقد، فهو لا يسأل عن تنفيذ ما جاء بهذا التعاقد(1)

ولم يتضمن القانون التجاري الجزائري أي تنظيم لعقد السمسرة مكتفيا باعتبارها عملا تجاريا ولو وقع مرة واحدة المادة 2 منه، أما تحديد آثار العقد والالتزامات الناشئة عنه فقد أرساها الفقه والقضاء دون وجود نصوص تشريعية. اعتمادا على الأعراف والعادات التجارية التي يجري عليها العمل في عقود السمسرة .ولم يكن تقنين التجارة المصري قبل تعديله بالقانون رقم 17 لسنة 1999 قد نظم عقد السمسرة وإنما اكتفى بتنظيم السمسرة في بورصة الأوراق المالية. ولكن بعد هذا التعديل نظم عقد السمسرة في المواد من 192 إلى 207(2) والمشرع الفرنسي هو أيضا لم ينظم عقد السمسرة ضمن العقود التجارية وإنما نظم بعض أنواع عمليات السمسرة المتخصصة كتداول الأوراق المالية المقيدة في البورصة، المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 88-10 الصادر في 22 جانفي 1988 الذي ينظم بورصات الأوراق المالية .(3) وإذا كان هذا هو الالتزام الرئيسي للوسيط السمسار فإن عقد الوساطة باعتباره عقدا ملزما للجانبين يفرض بطبيعته على الوسيط السمسار التزامات أخرى هي من مستلزمات الالتزام الرئيسي. ولقد نصت المادة 107 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على أنه (لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)

---

1 د .محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص658-672 و د .موريس صادق، المرجع السابق ص360، والدكتور المحامي هاري إدوار نجيم السمسرة والسمسار بيروت 1985، ص 94، DALLOZ D.Com T.I.P 666 N° 21-29

(2) المستشار .د . محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص 245 والدكتور أحمد بريري المرجع السابق ص 121.

(3) : GEORGE RIPET TRAiTE ELEMENTARE DE DROIT COMMERCIAL P214 215 ET RENE RODIERE DROIT COMMERCIAL CINCOM EDITION DALLOZ P500 Jean CARBONNIER;droit civil;TOM4;lobligation/PUF 16éd N°3p91.

ومن الالتزامات التي أقرها الفقه والقضاء واعتبرها من مستلزمات الالتزام الرئيسي للوسيط السمسار هي:

.

-1 الالتزام بالعلم بظروف الصفقة ومخاطرها وبظروف الشخص المتعاقد و الالتزام بالإعلام أي بتقديم المشورة.

-2 الالتزام بالأمانة والحيدة .

-3 الالتزام بالمحافظة على السر المهني.(1)

أولا : الالتزام بالعلم بظروف الشخص المتعاقد وبظروف الصفقة ومخاطرها والالتزام بالإعلام أو الإفضاء عنها:

1-**الالتزام بالعلم بظروف الشخص المتعاقد والإعلام عنها:**

إذا كان الوسيط السمسار ملتزم اتجاه العميل بالبحث عن شخص آخر يقبل التقاعد معه. كالبحث عن مشتر لسلعة أو البحث عن مستأجر فإنه يسعى إلى جانب ذلك في الغالب من أجل التقريب بين وجهات نظر المتعاقدين خلال فترة التفاوض السابقة إلى إبرام العقد. فيقوم بنقل أسس التعاقد والشروط التي وضعها أحد المتعاقدين للآخركما يقوم ببذل العناية المطلوبة للتحقق من ظروف المتعاقد الآخر من حيث أهليته للتعاقد ومدى قدرته على تنفيذ العقد في حالة إبرامه .أي التحقق من حالته المالية وما إذا كان يمر بأزمات مالية قد تؤدي إلى شهر إفلاسه (2)وهذا لا يعني أن الوسيط السمسار يضمن يسار أحد المتعاقدين أو كلاهما، وإنما المقصود هو أنه على الوسيط السمسار أن يبذل العناية المطلوبة للتحقق مما إن كان الشخص الذي يقدمه يمر بأزمات مالية أم لا.فإذا تأكد من ذلك أو كان ذلك الشخص من المشهور عنهم بالإعسار في الوسط التجاري وجب عليه إعلام العميل بذلك قبل إبرام العقد المتوسط فيه لاتخاذ قراره الصحيح وبشأن إبرام العقد أو عدم إبرام العقد فأثر عدم إعلام موسطه بذلك يترتب عليه مسؤولية الوسيط ومن

---

(1) المستشار د محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص 672 و د .موريس صادق، الموسوعة التجارية 1999 ص360 و RENE RODIERE DROIT COMMERCIAL CINICOME ESLITIONS DOLLOZ P 149.

(2)د. موريس الصادق المرجع السابق ص360 والدكتور المستشار.د. محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص 674 RENE RODIERE DROIT COMMERCIAL CINCOM EDITION DALLOZ p502 والدكتور علي البارودي العقود التجارية والعمليات البنوك التجارية منشأة المعارف بالإسكندرية طبعة ثانية 1968 ص 88.

ثم التزامه بتعويض الأضرار التي لحقت بمن وسطه نتيجة هذا الكتمان لأن الوسيط السمسار لا يجوز له أن ينزل عن عناية الوسيط السمسار المعتاد في تنفيذ التزامه. أما إذا كان الإعسار أمر عارض طرأ بعد إبرام العقد المتوسط فيه فإن الوسيط السمسار لا يكون مسؤولا عنه ولا يلتزم بالضمان (1)

فإذا وقع خلا ف بين الوسيط السمسار والعميل في تحديد وقت إعسار المتعاقد الآخر، كأن يدعي العميل أن إعسار المتعاقد كان قبل إبرام العقد المتوسط فيه أي أثناء مرحلة التفاوض التي أجراها الوسيط السمسار، وادعى هذا الأخير أن الإعسار وقع بعد ذلك أي بعد إبرام العقد المتوسط فيه وفي مرحلة تنفيذه، فالقول قول الوسيط السمسار ويقع على العميل تقديم الدليل على أن الإعسار كان قائما وقت إبرام العقد المتوسط فيه وفي مرحلة التفاوض ذلك لأنه يدعي بوجود صفة عارضة في المتعاقد الآخر, والمقرر في قواعد الإثبات أن الأصل في الصفات العارضة العدم، فالشخص الأصل فيه إلا يكون معسرا فالإعسار صفة عارضة ومن يدعي حدوثها أن يثبت ما يدعيه (2)

هذا لا يعني أن العميل لا يتحمل جزء من الأضرار التي تلحقه عند اخلال الوسيط السمسار بواجب إعلامه بظروف الشخص الذي قدمه له وهذا إذا ثبت أن العميل قد قصر في واجب الاستعلام من جهته عن هذه الظروف(3) .

---

(1)الدكتور رمضان أبو السعود أصول الإثبات في المواد المدنيةوالتجارية النظرية العامة للاثبات الدار الجامعية طبعة 1993 ص 273 - 328

(2) مختار أحمد بريري المرجع السابق ص 124 الدكتور محمود سمير الشرقاوي ومن القانون التجاري 1984 ص 78 و د: محسن شفيق المرجع السابق ص 54

3) « le courtier doit être tenu responsable de l'identité du client avec lequel traite pour le compte de son commettant, il est responsable envers lui notamment s il indique comme acheteur un société inexistante non inexiste ou registre de commerce et sont l un des associés prétendus à été obligé de faire abondant de ses biens à ses créancies. Mais si ce courtier n'était pas ducroire, le vendeur qui n'a pas contrôlé par ces propre moyens la situation de la société avec laquelle in fallait traiter avec laquelle il subit » Paris 26 Décembre 1929 Sem Jur 1930 P 575

أشار إليه المخامي هاري إدوار نجيم المرجع السابق ص 110.

2 - الالتزام بالعلم بظروف الصفقة ومخاطرها والإعلام عنها:

كما يلتزم الوسيط السمسار إلى جانب ذلك وهو الأهم باطلاع المتعاقدين على ظروف الصفقة التي يتوسط في إبرامها من حيث أسعار السوق واحتمالات التغيرات التي تطرأ عليها سواء بالارتفاع أو الانخفاض, واطلاعهما على العيوب التي قد توجد في السلع محل التعاقد ومخاطرها إذا كانا يجهلانها، وبالمنازعات التي تدور حولها أو بأي معلومات قد تؤدي إلى عرقلة تنفيذ العقد في حالة إبرامه، وغير ذلك من المعلومات التي تكون ضرورية في إبرام العقد (1)

ويسمى هذا الالتزام بالالتزام بالإعلام أو بالإفضاء (renseignement)

(كما يسمى بالالتزام بالنصيحة والمشورة(conseil)والالتزام بالإخبار(2) (information)

ولكن قبل أن يلتزم الوسيط السمسار بالإعلام أو بالإفضاء فإنه يلتزم ابتداءا بالعلم بظروف الصفقة والعلم ببيانات ومواصفات السلعة محل التعاقد ومخاطرها، وبمدى تأثيرها على رضاء الطرفالآخر،بالإقدام على التقاعد أو بالإحجام عنه،فهناك قدر معين من العناية والحرص ينبغي على الوسيط السمسار أن يبذله في تأدية مهمته وإلا كان مسؤولا عن التعويض. (3) ونظرا لأهمية الالتزام بالإعلام أو بالإفضاء والالتزام بالعلم وتأثيرهما سواء في مرحلة التفاوض أو أثناء مرحلة تنفيذ العقد، فإنه ينبغي أن نعالجه من حيث ماهيته وأهميته ومضمونه وخاصة بخصوص التوسط في إبرام عقد البيع لكونه الغالب والأكثر أهمية في المعاملات المالية كما أنه عقد النموذج المثالي لكافة العقود.

---

1) د : فايزنعيم رضوان المرجع السابق ص 109 د. محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص674

2) د : حمدي أحمد سعد المرجع السابق ص38

SAVATIER rené;les contrats de conseil professionneles en droits privé éd DALLOZ 1992 chron p 137 et Francois collart Dutillurl;et philippe Delebereque;contrats civils et commérciaux 2éd 1993 Dalloz p 173 et Jean -Jacques BARBIERI;contrats civils; contrats commerciaux;éd.Masson;1995;p360

3)د: موريس صادق المرجع السابق ص 360.

أ - ماهية الالتزام بالعلم والالتزام بالإعلام وأهميتهما:

- 1- **الالتزام بالعلم:**

أول ما يجب على الوسيط السمسار فعله هو البحث عن المعرفة، فيبدأ مهمته بالقيام بالتحقيقات والبحوث اللازمة والضرورية ليعرف بالضبط حقيقة الوضع أو التصرف القانوني الذي يجري المفاوضات بخصوصه. خاصة إذا علمنا أن الوسيط يلتزم بتقديم المشورة لعميله وللطرف الآخر، وهو ما يعني أن الوسيط قبل أن يشرع في تقديم الاستشارة أثناء مرحلة التفاوض أن يجمع ويتحرى كافة المعارف والعلوم التي تعينه على معرفة الوضع المطلوب إصدار استشارة بشأنه،حتى تأتي وساطته أكثر موافقة وملاءمة .

فيجب عليه أن يتأكد من أن لديه كافة العناصر التي تمكنه من الوفاء بالتزامه في مواجهة العميل والطرف الآخر أيضا .(1) على أن جانب من الفقهاء لا يجعل الوسيط السمسار ملتزما بهذا الالتزام إلا في مواجهة العميل أما في اتجاه المتعاقد الآخر فلا يلتزم في مواجهته بالإعلام إلا إذا كان مفوضا من كل منهما (2) ولا يجبر السمسار على إجراء تحريات غير عادية للوقوف على جميع ملابسات الصفقة وأسرارها، فهذا الفحص والتدقيق يجاوز حدود التزاماته، وإنما المطلوب منه أن ينتبه إلى الأمور التي لا يجوز أن تخفى على كل سمسار فطن له دراية وخبرة بالمهنة التي يمارسها (3)

وتجميع البيانات والمعلومات اللازمة لإعداد الدراسة والمفاوضات يكون أيضا اعتمادا على العميل نفسه في إمداده الوسيط السمسار بالبيانات والمعلومات الضرورية واللازمة لإنجاح الدراسة والمفاوضات. أي يقع على عاتق الوسيط السمسار واجب الاستعلام والاستخبار،في المقابل على العميل أن يحدد للوسيط السمسار الملتزم بتقديم المشورة الحاجات التي ينتظرها من وراء الاستشارة التي يطلبها، والوساطة التي ينتظرها من الوسيط السمسار. وهذا الالتزام الذي يقع على عاتق العميل هو ما يسمى **" الالتزام بالتعاون".(4)**

---

(1)د . محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص674 و الدكتور محمود سمير الشرقاوي المرجع السابق ص78 والدكتور حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص576 -577.

(2)د .موريس صادق المرجع السابق ص 360.

(3)د .موريس صادق نفس المرجع ص 360.

(4)د .حسن حسين البراوي، المرجع السابق،ص246.

2- الالتزام بالإعلام أو بالإفضاء:

بعد أن يتوصل الوسيط السمسار إلى جمع البيانات والمعلومات عن الصفقة وملابساتها، ينتهي إلى تقديم رأيه الفني الذي انتهى إليه إلى العميل وإلى المتعاقد الآخر، بحيث يكون رأيه هذا هاديا ومرشدا للطرفين، في اتخاذ قرارهم (1) فيجب على الوسيط السمسار الذي يقدم استشارته أن يضمنها التحذيرات والتنبيهات الضرورية. فإذا اقترح على عميله إبرام التصرف محل التفاوض، فعليه أن ينبهه ويحذره من كافة المخاطر القانونية المحتملة لهذا التصرف (2)، بل والمخاطر التي قد تنجم عن الشىء محل التعاقد،فاذا كان التصرف عقد بيع فيجب علىالوسيط السمسارمعرفة طريقة استخدام هذا الشيء وأوجه خطورته (3) ولا يتوقف عند هذا الحد بل يجب عليه الافضاء بهذه المعلومات التي علم بها للطرفين،ويسمى هذا بالالتزام بالإعلام أو بالإفضاء (4) فإذا كان عقد البيع محل التفاوض يفرض هذه الالتزامات على عاتق البائع أي الالتزام بالإعلام اتجاه المشتري الدائن به، فإنها التزامات تقع أيضا على عاتق الوسيط السمسار في مواجهة موسطه والطرف الآخر, فإذا كان العميل هو البائع المفاوض وكان هو جاهل بهذه المعلومات أو البيانات فعلى الوسيط السمسار أن يعلم بها ثم يفضي بها إلى عميله البائع المفاوض لكي يقوم هذا الأخير بأداء التزامه بالإفضاء اتجاه المتعاقد معه وهو المشتري. بل يتعين على الوسيط السمسار أن يفضي بها أيضا لهذا المشتري، ولكن التزام البائع بالإفضاء اتجاه المشتري مصدره عقد البيع ذاته، أما التزام الوسيط السمسار بهذا الإفضاء أو الإعلام اتجاه الطرفين العميل والمشتري مصدره عقد الوساطة.

ولكن يجب التفرقة بين ما إذا كان العميل غير مهني وغير متخصص وبين ما إذا كان هذا العميل من المهنيين المتخصصين:

فإذا كان العميل غير مهني فإن الوسيط السمسار الذي يكون في الأصل من المهنيين يكون التزامه بالإعلام والإفضاء أو المشورة أشد، ذلك أن درجة التزام الوسيط السمسار المهني تتوقف بدرجة كبيرة على تخصص ومعرفة العميل.

---

(1) د. حسن حسين البراوي، نفس المرجع،ص247.

(2) د. حسن حسين البراوي، نفس المرجع ،ص360.

(3) د. ممدوح محمد مبروك المرجع السابق ص 127.

(4) د. حمدي أحمد سعد الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع ص 193 و202.

أما إذا كان العميل مهني كأن يكون منتجا يبحث عن مشتر، فإن التزام الوسيط السمسار عندئذ يكون أخف من الفرض الأول.

والملاحظ أنه إذا كان من المتصور أن يكون المنتج عالما بمزايا ومخاطر منتجاته، فإن الوسيط السمسار الذي يتعهد بالبحث عن مشتر لهذه المنتجات لا يكون التزامه بالإعلام شديدا اتجاه هذا العميل إلا فيما يتعلق بظروف الشخص الذي يقدمه له، وإنما يكون هذا الالتزام شديدا اتجاه المشتري لهذه المنتجات، إذا كان هذا الأخير غير متخصص بها. ومع ذلك يبقى الوسيط ملتزما اتجاه العميل بالإعلام عن الصفقة والمخاطر التي يتعرض لها من حيث أسعار السوق واحتمالاتها، والحالة المالية للمتعاقد الآخر. لأن العميل إذا كان منتجا عالما بمنتجاته فإنه بحاجة إلى استشارات الوسيط السمسار فيما عدا ذلك من المعلومات .(1)

- **أهمية الالتزام بالإعلام أو بالإفضاء:**

تتجلى هذه الأهمية في:

أ - حماية رضا العميل:

فالعميل يلجأ للوساطة لأنه لا يملك القدرة عادة ليس فحسب على إيجاد المتعاقد الآخر، وإنما على إجراء التفاوض السابق لإبرام الصفقة خاصة بعد التقدم الصناعي والتكنولوجي الحديث , إذ أصبحت بعض العقود تستلزم الغوص في مفاوضات طويلة ومعقدة ففيها محاورة ومراوغة، وكروفز إقبال وادبار وإصرار ومثابرة, فيستعرض كل متفاوض مهارته بغرض تحسس المصلحة وجس النبض وتكوين فكرة عن التعاقد قاصدا

----

(1) د . موريس صادق المرجع السابق ص360 و د .أسعد دياب ضمان عيوب المبيع الخفية دراسة مقارنة دار اقرأ بيروت لبنان الطبعة الثالثة 1983 ص 231 و234.

الوصول إلى مرامه وتحقيق غايته بما يضمن عدم الالتزام بالعقد إلا بما يضمن مصلحته (1)ولذلك يلجأ العميل للوساطة لأن السمسار يقوم غالبا بالتفاوض مع الطرف الآخر، كما قد يتفق على ضرورة قيام السمسار بعملية التفاوض وإقناع الطرف الآخر، ويكون ذلك في العقود الضخمة كعقود نقل التكنولوجيا وعقود التنقيب، وعقود الإنشاءات الهندسية الكبيرة...إلخ.وحتى خارج هذا النوع من العقود، فإن ظهور العديد من السلع والمنتجات ذات التركيبات الدقيقة والخواص الخطرة التي يجهلها العميل عادة جعله يلجأ إلى وسيط سمسار ليبصره ويقدم له النصيحة والمشورة الكافية ليقدم على التعاقد عن بصر وبصيرة

وبذلك فإن هذا الالتزام يهدف إلى حماية الرضا الذي يعتبر عنصرا جوهريا في العقد، ويحقق التوازن في المراكز العقدية (2)

ولكن ليس بالضرورة أن يكون العميل مستهلكا عاديا حتى يلجأ إلى الوساطة لإجراء المفاوضات وإنما قد يكون من المحترفين في نفس مجال هذه السلع والمنتجات - وهذا هو الغالب - ولكن ليس بنفس درجة و خبرة المنتجين لها، وعندئذ فعلى الرغم من أن المنتجين يلتزمون بالإفضاء للمستهلك سواء كان عاديا أو محترفا بالبيانات والمعلومات التي تجعل رضاءه حرا مستنيرا غير مشوب بغلط أو تدليس إلا أن هذا الالتزام لا يحقق النتيجة المرجوة منه إذا كان اتجاه متفاوض -وهو المستهلك - لا يفقه ولا يعي ما يفضي به إليه هذا المنتج أو الصانع من المعلومات، ولذلك فهو يحتاج إلى من يتلقى هذه المعلومات ليرشده من خلالها إلى اتخاذ قراره الصحيح، إذ الوسيط السمسار يتلقىالمعلومات اللازمة من المنتج أو الصانع أو من غيره ثم يقوم بدراستها مستخدما مهارته الفنية وقدرته العلمية وخبرته المتميزة ليصل إلى رأي فني يعد استشارة يقدمها للعميل

---

(1)الدكتورة نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية ص 115 . والدكتور محمد حسام محمود لطفي . المسؤولية المدينة في مرحلة التفاوض،القاهرة 1995 ص02

(2)د .ممدوح محمد مبروك المرجع السابق ص87.

Philippe MALAURIE et laurent AYNES cours de droit civil les contrats speciaux civil et commerciaux;CUJAS;1992;N°309;p199.

أيضا droit civil; les ,obligatoin éd

لنفس المؤلفانCUJAS;1992 N°377;p 202.

من شأنها أن تهديه وترشده إلى اتخاذ قراره بشأن إبرام الصفقة أو تركها (1) . (خاصة وأن المنتج أو الصانع أو المقاول عادة ما لا يزود المتفاوض بالمعلومات الكاملة ويكتفي بتزويده بالخطوط العريضة لمعلوماتهم السرية (2) , ولذلك يفضل المستثمر المكتتب أي العميل إجراء المفاوضات عن طريق وسيط سمسار لأنه الأقدر

-ضمان سلامة المستهلك:

إذا كان الالتزام بالإعلام يحقق الحماية لرضا العميل المستهلك، ويحقق التوازن في المراكز العقدية، فإنه أيضا يضمن سلامة هذا العميل نفسه من الأخطار التي تكتنف الأشياء الخطرة محل التعاقد، والتي قد تسبب له أضرارا مادية وجسدية جسيمة، سواء أثناء استعمالها أو أثناء الاحتفاظ بها (3). وإذا كان المنتج أو البائع ملتزم بالإفضاء للمشتري بما يكتنف هذه الأشياء من مخاطر، وما قد ينجم عنها من أضرار، فإن الوسيط السمسار ملتزم بالعلم بهذه المخاطر وما قد ينجم عنها من أضرار سواء عند استعمالها أو أثناء الاحتفاظ بها، وكيفية استعمالها وما يجب أخذه من احتياطات في كل ذلك، ثم يلتزم بالإفضاء بهذه المعلومات والبيانات للعميل حتى يتجنب هو-أي العميل- التعرض للأضرار المادية أو الجسمانية، ثم ليجنب هذا الأخير غيره من المستهلكين الذين تصلهم هذه المنتجات بعد ذلك.

وإذا كان الوسيط السمسار مسؤولا عن تبصير العميل الذي كلفه ومسؤول عن الأضرار التي تصيبه نتيجة الإخلال بهذا الالتزام مسؤولية عقدية.(4) فإنه يكون مسؤولا أيضا عن الأضرار التي تلحق المستهلكين الآخرين الذين يعتبرون من الغير بالنسبة لعقد الوساطة الذي يربطه مع العميل، إذ التزام الوسيط السمسار بالإعلام أو بالإفضاء يترتب عنه التزام هذا الأخير بالسلامة والأمان اتجاه العميل واتجاه المتعاقد الآخر بل واتجاه كل مستهلك آخر يتصل بالمنتوج الذي انصب عليه عقد الوساطة.

---

(1) د .حسن حسين البراوي، المرجع السابق،ص247.

(2)الدكتورة نصيرة بوجمعة سعدي، المرجع السابق ص134 .

Jean-marc MOUSSERON;techniques conctractuelle;édition;Juridiques; lefebre;paris;1988;p23

(3) د .حمدي أحمد سعيد المرجع السابق ص64 و ممدوح محمد مبروك المرجع السابق ص894 و الدكتور حسين منصور ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، دار الجامعة الجديدة للنشر ص5.

(4) المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص 673.

ولقد نص قانون حماية المستهلك رقم 89 -02 المؤرخ في 7 أفريل 1989 على هذا الحكم، فقد نصت المادة 05 منه على أنه:

"يجب على كل منتج أو وسيط أو موزع وبصفة عامة كل متدخل في عملية الوضع للاستهلاك أن يقوم بنفسه أو عن طريق الغير بالتحريات اللازمة للتأكد من مطابقة، المنتوج و/أو الخدمة للقواعد الخاصة به والمميزة له، وتكون هذه التحريات متناسبة مع نوع العمليات التي يقوم بها المتدخل ومع حجم صنف المنتوج و/أو الخدمة المعروضة للاستهلاك والإمكانيات التي يجب أن يتوافر عليها اعتبارا لتخصصه والقواعد المعمول بها عادة في هذا الميدان"وكما نصت المادة 2 منه على أن **" كل منتوج سواء كان شيئا ماديا أو خدمة مهما كانت طبيعته يجب أن يتوافر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك و/أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية**

ونصت المادة الثالثة منه على **أن " يجب أن تتوافر في المنتوج و/أو الخدمة التي تعرض للاستهلاك المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمه وتميزه، ويجب في جميع الحالات أن يستجيب المنتوج و/أو الخدمة للرغبات المشروعة للممستهلك سيما فيما يتعلق بطبيعته،وصنعه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبه ونسبة المقومات اللازمة له وهويته وكمياته"**

يتضح من نصوص هذا القانون أن الوسيط وكل متدخل في عملية عرض المنتوج للإستهلاك يقع عليه واجب العلم بطبيعة المنتجات التي يتدخل في عرضها على المستهلك وكذا المخاطر التي من شأنها أن تضر بصحة المستهلك أو أمنه أو بمصالحه المادية. ثم يلتزم بعد ذلك بالإعلام أو الإفضاء بها للمستهلك، فإذا لم يتمكن من ذلك لعدم وجود علاقة مباشرة بين هذا الوسيط والمستهلك فإنه ومع ذلك يكون مسؤولا اتجاه هذا الأخير عن هذه الأضرار، متى لم تتوافر في المنتوج الضمانات المذكورة.(1) وهدا لأن عقد الوساطة عقد ملزم للجانبين والعقد الملزم للجانبين يفرض على المدين التزامات أخرى هي من مستلزمات الالتزام الرئيسي.(2)

---

(1) بخصوص الاالتزام بالاعلاموالافضاء للمستهلك راجع مسئولية المنتج والموزع دراسة في قانون التجارة الدولية مع المقارنة بالفقه الاسلامي رسالة دكتوراهمطبعة الأمانة القاهرة سنة1982ص76 للدكتورمحمد عبد القادر الحاج .

(2)Jean CARBONNIER;droit civil tome4 ;les obligations ; thémis/PUF;16 édition 1992;p91

- مضمون الالتزام بالإعلام:

يتجلى مضمون الالتزام بالعلم والالتزام بالإعلام كما سبق في معرفة الوضع القانوني للشيء محل الصفقة وحالته المادية .(1) وكذا ظروف الصفقة ومخاطرها (2) (فيجب على الوسيط السمسار وفقا لما تقدم أن يعلم أولا ثم يعلم عميله بوضع الصفقة القانوني وما إذا كان الشيء الذي ينصب عليه التصرف خاليا من أية تكاليف وأعباء أو حقوق عينية أو شخصية للغير وطبيعة ونوع هذه الحقوق عند وجودها. لما قد يترتب على وجود مثل هذه الحقوق أو تلك التكاليف من التعرض للعميل في حالة إبرام العقد النهائي، ولا يعفيه من ذلك قيام الالتزام بالتعاون على عاتق العميل أي بالاستعلام عنها. والتزام الوسيط السمسار بإعلام العميل عن التكليفات العينية، والحقوق الشخصية التي تثقل الشيء موضوع الصفقة لا يمتد إلى الحقوق والارتفاقات الظاهرة أو التي يعلمها العميل، وهذا قياسا على أحكام عقد البيع وهي الأحكام النموذجية لكافة العقود التي تخلو من نصوص خاصة تحكمها في هذا الشأن) المادة 2/377 مدني جزائري (3). فالسمسار لا يضمن التعرض الذي ينشأ عن وجود حق ارتفاق ظاهر، كوجود طريق للمرور أو مجرى مائي بالأرض موضوع الصفقة يدل على وجود حق ارتفا. ولذلك فإن التزام الوسيط السمسار بإعلام العميل عن الوضع القانوني للشيء موضوع الصفقة قاصر على الحقوق والإرتفاقات غير الظاهرة أي الخفية كالإرتفاق بعدم البناء أو عدم التعلية، وهذا قياسا على أحكام عقد البيع. ويلتزم الوسيط السمسار بإعلام العميل قبل إبرام الصفقة بحقوق الإرتفاق غير الظاهرة حتى ولو كانت مسجلة، لأن الهدف من تقرير الالتزام بالإعلام كما سبق هو حماية رضا الطرفين العميل والمتعاقد الآخر". **والمحكمة هي التي تقدر كيف يقع السمسار في خطأ أو إهمال و هي غالبا ما تتشدد في مساءلة السمسار المحترف ذلك أن عليه بداهة أن يبذل المزيد من الحرص والعناية بحسبان أنه خبير بالعمليات التي يتوسط فيها . وهذا القدر من العناية والحرص تفرض على السمسار أن يقدم شخصا لعميله أولا وثانيا أن يحيط الطرفين علما بظروف الصفقة والمخاطر التي يتعرضان لها** " (4)

---

(1) د ممدوح محمد مبروك،المرجع السابق ص155 و د حمدي أحمد سعيد المرجع السابق ص193.

(2) د . موريس صادق المرجع السابق ص360 ود . محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص672-673.

(3)د . ممدوح محمد مبروك، المرجع السابق ص 155

(4)د .مستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص673 وص674.

كما يجب ألا يتهاون الوسيط السمسار في تقديم هذه البيانات للعميل، خاصة ما تتعلق منها بأوجه خطورة الشيء، سواء تلك التي تنجم عن استعماله أو حيازته أو حفظه، وأن يبين له بكل دقة جميع الإحتياطات التي يجب عليه اتخاذها لتجنب أضرار الشيء، خاصة إذا كان من الأشياء الخطرة،والمعقدة التركيب، والصعبة الاستعمال أو الحديثة الابتكار، ويجب أن يكون هذا التحذير كاملا أو وافيا، ويجب أن يكون التحذير واضحا ومفهوما (1) وواضح أن هذا لا يعني أن الوسيط السمسار يضمن تنفيذ العقد الذي توسط في إبرامه، وإنما هذه التزامات يفرضها عقد الوساطة نفسه على الوسيط السمسار،ذلك أن واجب الأمانة، ومبدأ حسن النية لا يهيمنان في مرحلة التنفيذ العقد فحسب، وإنما أيضاعند ابرامه، كما أن الوسيط السمسار يسأل عن تنفيذ العقد اذا ثبت ارتكابه غشا اوخطأ جسيما (2)

ثانيا- الالتزام بالأمانة والحيدة:

مقتضى هذا الالتزام ان السمسار الوسيط ولوكان مفوضا من أحد طرفي العقد فقط وهو العميل عليه أن يحيط الطرفين علما بظروف الصفقة والمخاطر التي يتعرض لها كل منهما بأمانة ،ويكون الوسيط السمسار مسئولا قبلهما عما يصدر منه من غش أوخطأ جسيم.

ويتفق هذا الحكم مع طبيعة ومضمون الالتزام الرئيسي للسمسار، حيث يلتزم بالتقريب بين الطرفين من اجل إبرام عقد معين، الأمر الذي يفرض على السمسار أن ينقل إليهما بأمانة كل ما لديه من معلومات بشأن هذا العقد (3) كما أن الوسيط السمسار يجب عليه ألا يميل في ذلك إلى تغليب مصلحة أحد المتعاقدين على مصلحة الآخر، لأنه ليس وكيلا عن أحدهم حتى يرجحه، وإنما هو وسيط بينهما فإذا علم السمسار مثلا بأن أحد الطرفين المتعاقدين معسرا أو أن هناك احتمالا لإعساره، أو علم بقيام عوارض تؤثر في أهليته أو بوجود نزاع على العين محل الصفقة، فمن واجبه أن يخطر الطرف الآخر بذلك حتى يقدم على التعاقد وهو على بينة من الأمر (4) وهذا ما يسمى بواجب الحيدة، كما أنه التزام يفرضه الالتزام بالإعلام أو كما يسميه البعض الالتزام بالتبصير أو بالإفضاء (5)

---

(1) د .ممدوح محمد مبروك، المرجع السابق ص172 و د . حمدي أحمد سعيد المرجع السابق ص . 202

(2) د . محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص680.

(3) المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص672 و الدكتور هاري ادوار نجيم المرجع السابق ص97 و الدكتور محسن شفيق المرجع السابق ص55.

(4) د . موريس صادق المرجع السابق ص360.

(5) المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص 673 .

كما يفرض عليه هذا الالتزام ألا يقيم نفسه طرفا ثانيا في الصفقة التي كلف بالتوسط في اتمامها، أي ألا يأخذ العملية لنفسه إذ تتعارض مصلحته عندئذ مع مصلحة العميل. فإذا كلف بالسعي في إيجاد مشتر فلا يجوز أن يشتري لنفسه سواء باسمه أو باسم مستعار وإذا لم يشتري البضاعة لنفسه كان العقد قابلا للإبطال لمصلحة العميل، لذلك يصح العقد عندئذ إذا أجازه العميل(1)

ولقد نصت المادة 411 من القانون المدني في باب البيع أن " لا يجوز للسماسرة،ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقديم قيمتها سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار. "ولكن هذا النص ليس من النظام العام فيجوز للعميل إجازة العقد بعد ذلك، وفي هذه الحالة يحكم العلاقة بين الطرفين العميل والوسيط السمسارعقد البيع،وليس عقد السمسرة، ولذا لا يستحق السمسارالعمولة (2) كما أنه لم يبذل جهدا في العثور على نفسه (3)

كما يفرض هذا الالتزام على الوسيط السمسار ألا ينوب عنه غيره في تنفيذ العمل المكلف به بدون إذن الأصيل وهو العميل،فإذا أناب غيره في تنفيذ العمل المكلف به دون أن يكون مرخصا له في ذلك، كان مسؤولا عن عمل النائب،كما لو كان هذا العمل قد صدر منه ويكون السمسار ونائبه متضامنين في المسؤولية.

وإذا رخص العميل للسمسار في إقامة نائبا عنه دون أن يعين له شخص النائب، فلا يكون السمسار مسؤولا إلا عن خطئه في اختيار نائبه، أو عن خطئه فيما أصدره من تعليمات (4)

ثالثا : الالتزام بالمحافظة على السر المهني :

يلتزم الوسيط السمسار بالمحافظة على السر المهني لأنه يطلع على كل البيانات والمعلومات الخاصة بالعميل، سواء تلك التي أودعها العميل لديه،وأخبره صراحة انها سرية، أو كل ما يودعه العميل من أسرار ومستندات لدى الوسيط السمسار الذي تعاقد

---

(1). محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص 674 و حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص 578.

(2) د. موريس صادق المرجع السابق ص361

(3)د. محمد سميرالشقراوي المرجع السابق ص78-79 والدكتور محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص 674.

(4)الدكتور محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص675.

معه ، فكل ما يعلم به الوسيط السمسار من بيانات ومعلومات أو يسمعها أو يكتشفها أو يستخلصها بسبب قيامه بالوساطة ينطبق عليه وصف السر، ويلتزم بالمحافظة عليه (1).

ولكن يجب أن تتوافر في الواقعة أو المعلومات لكي تضل سرية شروط، وهي أن يكون السر, سرا مهنيا وهذا يقتضي أن يكون نطاق العلم بها محصورا في أشخاص محددين, و أن توجد مصلحة مشروعة في إبقاء العلم في ذلك النطاق. ويعتبر العلم بالواقعة محصورا في أشخاص معينين حتى ولو كان عددهم كبيرا، أما إذا كانت الواقعة معلومة لعدد كبير بين الناس دون تمييز فلا تأخذ وصف السر عندئذ وإنما تعتبر واقعة عامة لا تتوقف معرفتها على أشخاص معينين (2). ولذلك لا يحول التزام الوسيط السمسار بإعلام المتعاقد الآخر بالبيانات والمعلومات التي أودعها لديه العميل دون التزامه بالسر المهني، ذلك لأن هذا الالتزام الأخير يفرض على عاتق الوسيط السمسار عدم إفشاء هذه البيانات أو المعلومات لغير شخص المحدد الذي يعمل على التقريب بينه وبين العميل، فإذا أفشى هذه البيانات والمعلومات للغير كان مسؤولا مسؤولية مدينة اتجاه العميل. ويلتزم بالمحافظة على هذه السرية حتى عقب قطع المحادثات أو المفاوضات إلا بتصريح من صاحبها، وإلا يكون قد ارتكب خطأ ، إذ هذا النوع من الممارسة يخرج عن عادات التجارة وفي هذه الحالة يمكن أن يحكم بالتعويض (3).و الإلتزام بالمحافظة على السر المهني لا يتعارض مع وجوب إطلاع أعوان الادارة الجبائية على الدفاتر و السجلات و السندات و الأوراق التي تمكنهم من التحقق من تنفيذ الأحكام الجبائية.

رابعا- إلتزام الوسيط السمسار بقيد عمليات التوسط في دفاتره التجارية:

على السمسار أن يقيد في دفاتره جميع المعاملات التي تبرم بسعيه و أن يحفظ الوثائق المتعلقة بها و لقد نصت المادة 9 من القانون التجاري على أنه (**كل شخص طبيعي**

---

(1) د .حسن حسين البراوي المرجع السابق ص270 والدكتورة نصيرة بوجمعة سعدي المرجع السابق ص136 و الدكنور محمد حسام محمود لطفي المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض طبعة 1995 ص30

(2) philippe LE TOURNEAU; la responsabilité civil;éd dalloz;1982p70 د.حسن حسين البراوي المرجع السابق ص270 والدكتور محمد عبد الطاهر حسين، المسئولية المدنية للمحامي اتجاه العميل ص127

(3) الدكتورة نصيرة بوجمعة سعدي المرجع السابق ص137

أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفاتر اليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاولة أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا)

و نصت المادة 12 منه على أنه(**يجب أن تحفظ الدفاتر و المستندات المشار إليها في المادتين 9 و 10 لمدة عشر سنوات كما يجب أن ترتب و تحفظ المراسلات الواردة و نسخ الرحلات الموجهة طيلة نفس المدة)**

و نصت المادة 98 من القانون رقم 01-21 المؤرخ في 2001/12/22 المتضمن قانون المالية لسنة 2002 على أنه **(يتعين على كل شخص أو شركة تقوم بعملية الوساطة من أجل شراء أو بيع عقارات أو محلات تجارية أو تشتري بصفة اعتيادية باسمها نفس الممتلكات التي تصبح مالكة لها لإعادة بيعها، أن تتقيد فيما يخص ممارسة أعوان إدارة التسجيل لحق الإطلاع بأحكام المادة 92 أعلاه و هذا تحت طائلة تطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادتين 102 و 103 أدناه)**

و بالرجوع إلى المادة 92 منه و نجدها تنص على أنه (**يجب على المؤسسات و الشركات و المؤمنين و شركات التأمين و مقاولي النقل و كل الخاضعين الاخرين لمراقبة الإدارة الجبائية أن يطلعوا أعوان الإدارة الجبائية سواء في المقر الرئيسي أو في الفروع و الوكالات على عقود التأمين و كذا على دفاترهم و سجلاتهم و سنداتهم الأوراق الإيرادات و النفقات و المحاسبة، حتى يتأكد هؤلاء الأعوان من تنفيذ الأحكام الجبائية)** و لقد نصت المادة 104 من قانون المالية 2002 على وجوب الإحتفاظ بالدفاتر المذكورة لأجل مدته عشرة سنوات المنصوص عليها في المادة 12 من القانون التجاري و هذا ابتداء من آخر تاريخ للكتابة فيما يخص الدفاتر و تاريخ تحريرها فيما يخص الوثائق الثبوتية

و مخالفة الأحكام المذكورة يترتب عليه توقيع غرامة جبائية على المخالف يتراوح مبلغها من 5000 إلى 50000 دج زيادة على ذلك تطبيق تلجئة قدرها 100 دج عن كل يوم تأخير يبدأ سريانها من تاريخ المحضر المحرر لإثبات الرفض و ينتهي يوم وجود عبارة مكتوبة من قبل عون مؤهل على أحد دفاتر المعني تثبت أن ادارة الضرائب قد تمكنت من الحصول على حق الإطلاع على الوثائق المعنية المادتين 102، 103 من قانون اللمالية 2002 و يتم النطق بالغرامة و التلجئة من طرف المحكمة الإدارية المختصة إقليميا التي تبت في القضايا الإستعجالية على أساس عريضة يقدمها مدير الضرائب بالولاية بدون مصاريف تبلغ نسخة من العريضة للأطراف من طرف كتابة ضبط المحكمة الإدارية و يقوم قابض الضرائب بتحصيل الغرامة و التلجئة المادة 103 الفقرة الثانية و الثالثة.

- طبيعة التزامات الوسيط:

سبق الحديث عن الالتزامات التي تترتب على عاتق الوسيط السمسار في عقد الوساطة، ولذلك حتى يمكن تقرير مسؤولية هذا الأخير من عدمها لا بد أن تحدد طبيعة الالتزامات العقدية التي يخلفها عقد الوساطة. وهذا يقتضي بحث مسألة التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة، والالتزام ببذل عناية،لكون مختاف الالتزامات تكون إما التزامات بنتيجة، واما التزامات ببذل عناية أو بوسيلة.

والالتزام بنتيجة هو التزام بتحقيق نتيجة معنية بصرف النظر عن الوسائل التي تؤدي إلى هذه النتيجة، فعندما تكون الالتزامات محددة من البداية وبدقة، بحيث يكون المدين عالما بما هو متعين عليه القيام به على وجه التحديد، فإن هذه الالتزامات هي التزامات بتحقيق نتيجة. فالالتزام بنقل ملكية شيء أو بنقل حق عيني آخر على شيء هو التزام بنتيجة إذ يهدف إلى تحقيق نتيجة معينة هي نقل الملكية أو الحق العيني الآخر على الشيء،فالمدين في الالتزام بتحقيق نتيجة يلتزم في مواجهة الدائن بنتيجة محددة فهو الالتزام بموجبه يتعهد المدين بأن يقدم للدائن نتيجة محددة، فلا يعد المدين منفذا لالتزامه إلا بتحقيق النتيجة حتى ولو أثبت أنه قد قام بكل الوسائل الضرورية واللازمة لتحقيق النتيجة، ولذلك فإن الخطأ العقدي هنا يفترض بمجرد عدم تحقق النتيجة فيكفي الدائن أن يثبت أن النتيجة المتفق عليها لم تتحقق حتى تقوم المسؤولية العقدية للمدين (1) على أن هذه القرينة المقررة لمصلحة الدائن ليست مطلقة، إذ يستطيع المدين أن يثبت أن عدم التنفيذ أو التنفيذ السيئ وبالتالي عدم تحقق النتيجة كان راجعا إلى السبب الأجنبي (المادة 307 مدني جزائري، المادة 215 مدني مصري والمادة 1148 مدني فرنسي)أو أن عدم تحقق النتيجة كان راجعا إلى القوة القاهرة، أو إلى فعل الغير أو خطأ المضرورأي الدائن نفسه.

---

(1) : rené DEMOGUE traite des obligation en general Tom 7 Paris 1925 n° 1237 p53.

وأيضا عبد الرزاق السنهوري الوسيط،مصادر الالتزام المجلد الأول، العقد، الطبعة سنة 1998 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت فقرة 428 ص893 وما بعدها . أنور سلطان الموجود في مصادر الالتزام منشأة العارف 1992 فقرة 286 ص253

- د . سليمان مرقس المرجع السابق ص233 فقرة 260

أما الالتزام ببذل عناية، فالمدين يعد منفذا لالتزامه ببذل العناية المطلوبة، حتى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة لأنه لا يلزم المدين بتحقيق نتيجة، وإنما يقتصر على إلزامه ببذل جهد معين في سبيل تحقيق نتيجة محددة، وإن الدائن لا يستطيع أن يثبت أن المدين لم يقم بتنفيذ التزاماته إلا إذا أثبت أنه لم يقم ببذل العناية المطلوبة منه (1) ودرجة العناية المطلوبة في تنفيذ هذا الالتزام تتحدد بالرجوع إما إلى القواعد المهنية التي تنظم المهنة التي يمارسها المدين، أو بالرجوع إلى المعيار العام وهو النظر إلى الرجل المعتاد للقول ما إذا كان المدين قد نفذ التزامه من عدمه(2). ولقد استخدمت عدة معايير للتمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية. والأصل أن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد عند التعاقد طبيعة الالتزامات المترتبة على عاتق المدين، فإذا كانت إرادة المدين قد اتجهت إلى أن تلتزم بتحقيق نتيجة معينة، كان هذا الالتزام بتحقيق نتيجة.

أما إذا كانت الإرادة لا تتجه إلى الالتزام بتحقيق نتيجة معينة، وإنما بذل جهد وعناية معينة فإن الالتزام هو بذل عناية غيرأن هذا المعيار من الناحية العملية قليل الوقوع لأن أطراف العقد لا يتفقون صراحة عند إبرام العقد على من يتحمل عبء الإثبات وبالتالي تحديد الالتزام هل هو التزام بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية (3). ولقد وجدت عدة معايير للتفرقة بين نوعي الالتزام محل البحث :

أولا : معيار الاحتمال

وحسب هذا المعيار فإنه يمكن القول بأن التزاما ما يكون بتحقيق نتيجة إذا كان تحقيق هذه النتيجة مؤكدا (4) أما إذا كانت الصدفة هي المتحكمة في تحقيق النتيجة فالتزام يكون التزاما ببذل عناية، وتوجد اذا كان الحصول على النتيجة يعتمد في جانب كبير على الظروف التي لا تدخل إرادة المدين فيها، ولا تأخذ في الاعتبار بصددها،أي عند وجود أسباب مستقلة تساهم في تحقيق النتيجة وتتجاوز في ذات الوقت قدرات المدين،

---

(1) Philippe le tourneau la responsabilité civil Dalloz 1982 N° 1257 P 401 et FRANCOIS TErrE . PHILIPPE SIMlER YVES LE qUETTE " DROIT CIVIL LES OBLIGATIONS " DALLOZ P519.

الدكتور سليمان مرقس المرجع السابق ص 233

(2) : FRANCOIS TERRE . PHILIPPE SIMLER YVES LE KUETTE DROIT CIVIL LES OBLIGATIONS " DALLOZ P519. 552

(3) د . سليمان مرقس المرجع السابق ص234

(4) د حسن حسين البراوي المرجع السابق ص 311.

عندئذ يكون هذا الأخير ملزم ببذل العناية المطلوبة التي يمكن معها وبمساعدة هذه العوامل الخارجية تحقيق النتيجة المرجوة، ولكن هذا لا ينفي استمرار وجود خطر عدم تحققها (1). ويضرب الفقه لذلك المثال التقليدي الخاص بالتزامات الطبيب، فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض .ذلك لأن شفاء المريض يتوقف على عوامل خارجية، لا شأن لإدارة الطبيب فيها وإنما على الطبيب أن يبذل العناية التي يفرضها عليه أصول الفن الطبي بغية الوصول إلى شفاء المريض، ولا يعد مخطئا بمجرد عدم تحقق هذه النتيجة لأن التزامه ليس بتحقيق نتيجة.

على أنه في كل مرة تكون النتيجة المأمولة في نظر المدين وطبقا للظروف ليس مشكوكا فيها فإن المدين يكون قد تعهد بتحقيق هذه النتيجة و مثال على ذلك تعهد ناقل البضائع بتسليم الشيء المنقول إلى الدائن بحالة جيدة (2).

ومعيار الاحتمال ملائم وبسيط ولكن لا يطبق بصفة عامة، إذ يطبق بسهولة عندما يؤخذ في الاعتبار المفاجآت أو فعل الغير، فالصدفة قد تكون مهمة لا تسمح إلا بالتزام بوسيلة يلقي على عاتق المدين، وقد تكون الصدفة غير مهمة فإنها تسمح بالتالي بإنشاء التزام بنتيجة، فالصدفة غير ثابتة وليست واحدة فغياب عنصر تحديد أهمية أو عدم أهمية الصدفة يفقد هذا المعيار قيمته (3).

ثانيا: معيار النظر إلى الآداء الذي يلتزم به المدين:

ففي كل مرة يتعهد المدين فيها بأداء عمل قانوني محدد أو عمل مادي محدد، فإنه يلتزم بتحقيق نتيجة، على العكس فإذا كان ما تعهد به المدين هو أداء عمل قانوني غير محدد أو عمل مادي غير محدد فإنه يلتزم ببذل عناية (4).

---

(1) د . محمد عبد الطاهر الحسين المرجع السابق ص293

(2) : FRANCOIS TERRE . PHILIPPE SIMLER YVES LE KUETTE DROIT CIVIL LES OBLIGATIONS " DALLOZ P519. 520

د .حسن حسين البراوي المرجع السابق ص313

(3) د حمد عبد الطاهر الحسين المرجع السابق ص 290.

(4) د حسن حسين البراوي المرجع السابق ص313

ثالثا : معيار مشاركة الدائن في تحقيق النتيجة:

ففي كل مرة يتوقف فيها تحقق النتيجة على تدخل من جانب الدائن فإن الالتزام الملقى على عاتق المدين يكون التزاما ببذل عناية، أما إذا كان تحقق النتيجة، لا يتوقف على أي سلوك للدائن فإن التزام المدين يكون التزاما بتحقيق نتيجة[84] .

ولقد ذهب الفقه إلى أن التزام الوسيط السمسار اتجاه العميل هو في الأصل التزاما بوسيلة أي ببذل عناية، فالنتيجة لا تعتمد فقط على مهارة الوسيط السمسار بل تتحكم فيها عوامل خارجية عنه يعتبر موقف الشخص الذي يبحث عنه الوسيط واحدا منها، ولذلك فإن الوسيط السمسار لا يتعهد بتحقيق نتيجة للعميل ،وإنما يلتزم ببذل عناية، أي يتعهد باستخدام الوسائل التي يملكها من أجل الوصول إلى نتيجة، وهي إيجاد شخص يقبل التعاقد مع العميل، كما أنه لا يتعهد بنجاح المفاوضات وإنما يتعهد باستخدام كل الوسائل التي من شأنها أن تؤدي إلى نجاحها.[85]

وبخصوص التزام الوسيط السمسار بالإعلام أو بالإفضاء (الالتزام بالتبصير) فقد ثار الخلاف حول اعتباره التزاما ببذل عناية أم اعتباره التزاما بتحقيق نتيجة، وهذا الاختلاف هو في الأساس حول تحديد طبيعة التزام البائع اتجاه المشتري أو المستهلك.

بحيث ذهب الرأي السائد لدى شراح القانون المدني في أن الالتزام بالافضاء بالصفة الخطرة هو التزام ببذل عناية ويستندون في ذلك إلى الأسانيد التالية:

1 – أن التزام بالإفضاء ببيانات ومخاطر، الشيء المبيع نتيجته احتمالية وليست مؤكدة فهو التزام يهدف إلى حماية المشتري من الخطورة الكامنة في الشيء المبيع، وذلك عن طريق التحذير المكتوب على السلعة أو المرفق بها الذي يتم به شفاهه ولكن المنتج أو البائع أو الوسيط أو أي متدخل لا يضمن الوصول إلى هذه النتيجة ، بحيث تكون سلامة المشتري محلا لالتزاماتهم، ولكنهم يتعهدون فقط بإحاطة المشتري علما بما يضمن سلامته، وليس بإمكان أي منهم التعهد بأكثر من ذلك، فالتحذير مهما بلغت دقته ودرجة وضوحه لا يكفي وحده لتحقيق سلامة المشتري, لأن ذلك يتوقف على مدى استجابة المشتري لهذا التحذير والتزامه به, حيث

(84) : د.حسن حسين البراوي ،المرجع السابق، ص 313 ، 314

(85) : د.فايز نعيم رضوان ، المرجع السابق ص209 ، 210 و د . سمير الشرقاوي، المرجع السابق ص 78

قد يهمل التحذير أو يهمل قراءته، وقد يخالف بعض بنوده ، وعندئذ لن يغنى التحذير من وقوع الحادثة، ولذا فإن النتيجة المطلوبة احتمالية بسبب الدور الذي يلعبه المشتري في تحقيقها أو عدمه، ومن ثم لا يمكن أن يكون محلا لالتزام المنتج أو البائع أو الوسيط أو أي متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك.[86]

ولقد قضت الدائرة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 25 أفريل سنة1985 من أن الالتزام بالإفضاء الذي يقع على عاتق الصانع لا يهدف إلى تحميله النتيجة المطلوبة.[87]

ولقد قررت هذا أيضا محكمة استئناف ROUEN بصدد التزام الصيدلي المنتج بالإفضاء، حيث قررت أنه لا يطلب من الصيدلي المنتج بصدد الالتزام بالإفضاء عن الأضرار المحتملة للمستحضر الصيدلي الذي يقوم بإنتاجه إلا أن يكون مجرد مهني متيقظ وحذر ولا يكون ملتزما بنتيجة.[88]

وكذا حكم الدائر التجارية لمحكمة النقض الفرنسية الذي أيدت فيه حكم محكمة الاستئناف باستبعادها مسؤولية منتج المواد التي تستخدم في تكسية الحوائط ، حيث تبين أن ما لحق المشتري من أضرار ليس بخطأ من المنتج لأن التعليمات الصادرة منه تقضي بعدم جواز استعمال هذه المادة إلا في كساء الحوائط الخارجية، لما تسببه من تسمم .

لكن المقاول خالف هذه التعليمات وقام باستعمالها في تجديد الحوائط الداخلية لمحل زهور ولم يستطع أن يقيم الدليل على طلب النصيحة بشأن استخدام هذه المادة ولم تقدم له.[89]

فإذا كان هذا هو الموقف بالنسبة لتحديد طبيعة التزام المنتج بالإفضاء أو الإعلام وهو الذي يتدخل مباشرة في عملية عرض المنتوج للإستهلاك .

فمن باب أولى ألا يحمل الوسيط السمسار وهو مجرد وسيط بتحقيق نتيجة لا يلتزم بتحقيقها المنتج نفسه.

ومنها وحسب هذا الرأي فإن التزام الوسيط السمسار بالإفضاء يكون هو أيضا التزاما ببذل عناية.

---

[86] :د. حمدي أحمد سعد المرجع السابق ص163

[87] : أشار إليه في المرجع السابق د. حمدي أحمد سعد ص166

[88]. و [4] : أشار إليه في المرجع السابق الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع الدكتور حمدي أحمد سعد ,ص ,166

على أن هناك جانب من شراح القانون المدني يذهبون إلى أن الالتزام بالإفضاء هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية.[90]

وقد استندوا في ذلك إلى الحجج التالية:

1- أن القول بأن الالتزام بالإفضاء ببيانات ومخاطر الشيء المبيع وهو التزام يهدف إلى تحقيق سلامة المشتري أو المستهلك التزام ببذل عناية من شأنه أن يجعل هذا الالتزام عديم الجدوى لأن على المدين بأي التزام أن يبذل في تنفيذه العناية الواجبة سواء وجد التزام بضمان السلامة أم لا.

2- أنه إذا كانت المسؤولية المدنية الناشئة عن الأشياء لا تفرض على المضرور إثبات الخطأ في جانب الحارس . إذ تنشأ مسؤولية بمجرد إثبات أن الضرر قد نتج عن التدخل الإيجابي للشيء وإذا ما أقيم الدليل على ذلك لا يمكن دفع هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، فإنه لا يمكن تحميل المشتري المضرور أو المستهلك عبء إثبات خطأ البائع في حالة المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن المنتجات الصناعية ، لأنه بذلك يصبح في وضع أسوأ مما لو رجع مباشرة على المنتج وفقا لنظرية الحراسة طبقا للمادة 138 مدني وهذا ما يتنافس مع الهدف الذي من أجله ألقى القضاء عبءهذا الالتزام وهو الالتزام بالإفضاء على عاتق المنتج أو البائع.[91]

3 – ألقى المشرع الفرنسي على عاتق البائعين المهنيين عموما التزاما بضمان سلامة المستهلكين من أضرار ومخاطر المنتجات التي يبيعونها بموجب القانون رقم 83-660 الصادر في 21 جوان 1983 والخاص بسلامة المستهلكين ، وهذا الالتزام بالسلامة وفقا للرأي السائد لدى الفقه التزاما بتحقيق نتيجة وأن الالتزام بالإفضاء ببيانات ومخاطر الشيء المبيع يهدف أيضا إلى ضمان سلامة المستهلكين من هذه المخاطر ولذلك فهو التزام بتحقيق نتيجة. [92]

وكما أن المشرع الجزائري ألقى أيضا على كل منتج أو وسيط أو موزع وبصفة عامة كل متدخل في عملية الوضع للاستهلاك التزاما بضمان سلامة المستهلك من كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحته أو أمنه أو تضر مصالحه المادية.

---

(90) : الدكتور ، حمدي أحمد سعد المرجع السابق ص170 ، و الدكتور ممدوح محمد مبروك ، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته، ص205

(91) : حمدي أحمد سعد المرجع السابق 171 ، والدكتور عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عند فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر و منشورات عوديات بيروت باريس ، الطبعة الثانية 1981 صفحة 138 .

(92) : حمدي أحمد سعد المرجع السابق ص172 ود.أسعد دياب ضمان عيوب المبيع الفضية ص229

CASS .CIVIL MAI 1959 J.C.P.1959 II.11159

أشار إليه حمدي أحمد سعد ص173

المواد 5،3،2 من القانون رقم 89-02 المؤرخ في 7 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

وقضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية شركة cadoricin المتخصصة في بيع الدواء عما أصاب المشتري من حساسية بسبب استعماله للدواء الذي باعته له دون حث انتباهه إلى ما يجب اتخاذه من احتياطات لتجنبها ، وقررت المحكمة أن هذه الشركة نظرا لتخصصها ونشاطها المهني لا يمكن أن تحتج بجهلها بما قد ينتج عن هذا الدواء من مخاطر.

وفي حكم آخر قررت محكمة النقض الفرنسية على "**أن كل صانع يلتزم بالعلم بعيوب الشيء الذي يصنعه ويجب عليه ، رغم جميع الاشتراطات التي تسقط مقدما ضمانه للعيوب الخفية، تعويض جميع النتائج الضارة المترتبة على هذه العيوب** "

نقض فرنسي 1971/04/27 DALLOZ محضر صفحة 144.

والمعطيات التي تبرر اعتبار التزام المنتج أو البائع التزاما بتحقيق نتيجة هي:

1 – الدور المؤثر الذي تلعبه الدعاية للمنتجات بحيث ينتظر المستهلك ألا تكون هذه المنتجات مصدر خطر بالنسبة لشخصه ولا بالنسبة لأمواله، ومتى كان ذلك فإنه إذا كانت الدعاية لهذه المنتجات قد خلقت لديه ثقة من هذه الناحية لا تستحقها هذه المنتجات يكون من العدل تحمل المنتج مسؤولية ما ينشأ عنها من أضرار .

2 – نظام امكان لجوء المنتج إلى نظام التأمين لتغطية مسؤوليته.

3 – مخاطر الإنتاج وفكرة الغنم بالغرم ، وهو يستوجب القول بتحمل المنتج مخاطر إنتاجه الذي تسبب له في زيادة المخاطر في الحياة الاجتماعية محقق من ورائه الربح الطائل .[93]

ولكن اعتبار التزام الوسيط السمسار بالإفضاء ببيانات ومخاطر الشيء المبيع التزاما بتحقيق نتيجة على غرار التزام المنتج أو البائع يتنافى و قواعد العدالة لأنه ليس للوسيط السمسار أي دور في شأنها سوى أنه توسط في عملية توزيعها .

فكل المبررات والمعطيات التي سائقها أصحاب الرأي القائل بأن الالتزام المنتج بالإفضاء هو تحقيق نتيجة لا تصدق على الوسيط السمسار، ولذلك يجمع الفقهاء على أن التزامه بأداء العمل المادي محل عقد الوساطة وبمستلزماته أي الالتزام بالإفضاء بالبيانات وبمخاطر الصفقة أو مخاطر الشيء المبيع هو التزام ببذل عناية لأن الوسيط السمسار لا يجبر على إجراء تحريات غير عادية للوقوف على جميع ملابسات الصفقة وأسرارها.

---

[93] : د. محمد عبد القادر الحاج مسؤولية المنتوج والموزع دراسة في القانون التجارة الدولية مع بالفقه الإسلامي ص :69.

ولكون هذا الفحص والتدقيق يجاوز حدود التزاماته ، وإنما المطلوب منه أن ينتبه إلى الأمور التي لا يجوز أن تخفى على كل سمسار فطن له دراية وخبرة بالمهنة التي يمارسها.

على أن التزام الوسيط السمسار بالمحافضة على ما يستلمه من مستندات أو أوراق أو أشياء متعلقة بالعقد سواء كانت بضاعة أو مبالغ مالية أو نحوها يعتبر التزام بتحقيق نتيجة، ولا تستطيع بالتالي التخاص منه إلا بإثبات القوة القاهرة.

ولقد نصت على هذا الحكم المادة 202 قانون التجارة المصري الجديد إذ جاء فيها:

"يسأل السمسار عن تعويض الضرر الناجم عن هلاك، أو فقدان ما يستلمه من مستندات أو أوراق أو أشياء متعلقة بالعقد الذي يتوسط في إبرامه إلا إذا أثبت القوة القاهرة".[94]

ويذهب بعض إلى أنه ونظرا لأن السمسار لا يستحق الأجرة إلا بعد إبرام الصفقة بين الموكل (العميل) والطرف الآخر فهذا يعني أن السمسار يلتزم بنتيجة وليس بوسيلة، والنتيجة هي تحقق العقد، فلا تنفع مجرد المساعي مهما كانت وإنما يجب أن تنتج تلك المساعي ولكن تقسيم الالتزامات إلى التزامات بتحقيق نتيجة والتزامات ببذل عناية هو تقسيم بتحديد درجة الخطأ المدين إذ في الالتزام بنتيجة يكون مفترض بمجرد عدم تحقق النتيجة فيكفي للدائن أن يثبت أنها لم تتحقق حتى تقوم المسؤولية العقدية للمدين، وفي الالتزام بوسيلة يكون المدين منفذا لالتزامه متى قام ببذل العناية المطلوبة حتى ولو لم تتحقق النتيجة، ومن ثم لا يستطيع الدائن إثبات أن المدين لم يقوم بتنفيذ التزامه إلا إذا أثبت أنه لم يقم ببذل العناية المطلوبة منه.

ومن ثم فلو أخذنا بهذا الرأي. والقائل بأن التزام الوسيط السمسار هو التزام بنتيجة فهذا يعني قيام مسئوليته المدنية لمجرد عدم عثوره على شخص يقبل التعاقد مع العميل، وهذا لم يقل به أحد بل لا بد لقيامها من إثبات تقصيره في بذل العناية المطلوبة منه.

أما عدم حصوله على الأجرة فهذا لأن الحصول عليها مشروط بشرط إبرام العقد بين العميل والشخص الذي قدمه السمسار، فهو شرط في الأجرة، وبمعنى آخر فإن التزام العميل بدفع الأجرة للوسيط موقوف على شرط واقف هو حصول اتفاق بينه وبين الشخص الذي قدمه الوسيط فهو إذا وصف يتصل بالتزام العميل بصرف النظر عن طبيعة التزام الوسيط السمسار.[95]

---

[94] :المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ص679

[95] د. سمير جميل حسن الفتلاوي المرجع السابق ص 455.

المطلب الثاني
التزام الوسيط بالضمان و مسؤوليته المدنية

الأصل أن الوسيط السمسار تنتهي مهمته بأداء العمل المتوسط فيه , أي بابرام العقدالمتوسط فيه ,غيرأنه في بعض الحالات يكون ملتزما بالضمان رغم ذلك . وقد يهلك أو يضيع ماكان بيده بموجب عقد الوساطة وعندئذ تثار مسألة تحمل تبعة الهلاك.

كما ينتج عن اخلال الوسيط السمسار بالتزاماته قيام مسؤليته المدنية .
ولذلك نتناول هذا المطلب فيمايلي :

أولا: التزام الوسيط بالضمان:

الأصل أن دور الوسيط السمسار ينتهي بإبرام العقد الذي توسط فيه، فلا يضمن تنفيذ الصفقة، فلا يسأل السمسار عن الوفاء بالثمن أو تسليم المبيع في حالة توسطه في إبرام عقد البيع، كما لا يضمن يسار المتعاقدين أو صحة توقيعاتهم.[96]

ولكن قد يتفق الطرفان الوسيط السمسار والعميل على ضمان الصفقة ويسمى السمسار في هذه الحالة بالسمسار الضامن Courtier Luciole ويطلق على هذا التعهد بشرط الضمان convention ducioire عندئذ تمتد حدود مهمة الوسيط السمسار حتى تشمل مرحلة تنفيذ العقد الذي توسط فيه، فيكون مسؤولا عن تمام تنفيذ العقد،فيضمن لعميله يسار المتعاقد الذي يقدمه للتعاقد ووفاء هذا الأجير بكافة الالتزامات.

ولا يستطيع الوسيط السمسار التخلص في هذه الحالة من المسؤولية إلا بإثبات خطأ العميل وكونه هو السبب في منع المتعاقد الآخر من تنفيذ العقد، كأن يتأخر العميل في تسليم البضاعة المتعاقد عليها مما جعل المتعاقد الآخر يمتنع عن دفع الثمن .

وفي حالة وجود شرط الضمان فإن عمولة الوسيط السمسار تكون أزيد من العمولة في الحالة العادية.[97]

---

[96] : د . مراد منير فهيم ، المرجع السابق ص59 و د. محمود سمير الشرقاوي المرجع السابق ص78

[97] :د. فايز نعيم رضوان المرجع السابق ص215 و المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ص680

ولقد نصت المادة 203 من قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 سنة 1999 على أنه:"**لا يضمن السمسار يسر طرفي العقد الذي يتوسط في إبرامه، ولا يسأل عن تنفيذ العقد أو عن قيمة أو صنف البضائع المتعلقة به إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم في جانبه**"[98]

(Certaines décisions vont mêmes plus loin et exigent du courtier qu'il garantisse vis-à-vis de chacun des contractes, mon seulement l'existence du contractant mais en cors l'apparence sérieuse chez ce dernier le toutes les possibilités normales d'exécuter le marché). Rennes 6 Fév 1952 J.C P.IV 159 [99]

ولكن مسألة الضمان تثار عند تلف ما في يد السمسار الوسيط أو في حالة ضياع ما كان في يده، ونحو ذلك مما كان يقبضه من السلع أو أثمان ونحوها.

فالوسيط السمسار يلتزم بالمحافظة على ما يستلمه من مستندات أو أوراق أو أشياء متعلقة بالعقد، سواء كانت بضاعة أو مبالغ مالية أو نحوها ويعتبر التزامه هنا التزاما بتحقيق نتيجة ولا يستطيع بالتالي التخاص من هذا الالتزام إلا بإثبات القوة القاهرة .

ولقد نصت المادة 202 قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 سنة 1999 على أنه "يسأل السمسار عن تعويض الضرر الناجم عن هلاك أو فقدان ما يستلمه من مستندات أو أوراق أو أشياء متعلقة بالعقد الذي يتوسط في إبرامه، إلا إذا أثبت القوة القاهرة" [100]

كذلك إذا تعلق الأمر ببيع بضاعة بالعينة وتبين عدم المطابقة، وتقصير السمسار في التحقق من ذلك رغم تكليفه أو جريان العرف بذلك بالنسبة إلى أنواع معينة من البيوع، وإذا تعدد السماسرة في عقد واحد فيفترض تضامنهم، إلا إذا استبعدوا هذا التضامن المفترض في حالة تعدد الملتزمين بالتزام تجاري المادة 551 من القانون التجاري الجزائري.[101]

ومسألة الضمان تطرح موضوع تحمل تبعة الهلاك .

تحمل تبعة الهلاك:

موضوع تبعة الهلاك هو من أكثر المواضيع القانونية تعقيدا و قد اختلف الفقهاء حوله و كما اختلفت التشريعات في رسم قواعده.

---

[98] : المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ص680

[99] أشار إليه الدكتور المحامي هاري إدوار نجيم المرجع السابق.96

[100] : المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق 679

[101] : الدكتور مختار أحمد بريري المرجع السابق ص126 و الدكتورة نارية فضيل المرجع السايق ص54.

والمسألة القانونية التي يطرحها موضوع تحمل تبعة الهلاك، هو عندما يمتنع أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه بخطئه فمن المعلوم أن المتعاقد الآخر (الدائن) يعفى من الوفاء بالتزامه، تأسيسا على مبدأ فسخ العقد المنصوص عليه في المادة 119 من القانون المدني .

ولكن المشكل يطرح عندما يرجع عدم تنفيذ المدين بالتزاماته لسبب أجنبي لا يدله فيه، جعل هذا الوفاء مستحيلا، كالقوة القاهرة فهل يبقى الطرف الآخر ملتزما بالوفاء بالتزامه المقابل فإن اعتبر ملتزما بذلك كان هو المتحمل لتبعة الهلاك لأنه وفاء بالتزام دون أن يوفي المدين بالتزامه .

وبالعكس يكون المدين الذي لم يف بالتزامه والذي هلك الشيء الذي ينصب عليه الالتزام بين يديه متحملا تبعة الهلاك,إذا كان لا يستطيع مطالبة المتعاقد الآخر بالوفاء بالتزامه المقابل وهذه هي المسألة التي يطرحها موضوع تحمل تبعة الهلاك .[102]

ولقد نصت المادة 168 من القانون المدني على **أن " إذا كان المدين ملزم بالقيام بعمل يقتضي تسليم شيء ولم يسلمه بعد الإعذار فإن الأخطار تكون على حسابه ولو كانت قبل الاعذار على حساب الدائن .**

غير أن هذه الأخطار لا تتعدى إلا المدين رغم الاعذار إذا أثبت المدين أن الشيء قد يضيع عند الدائن لو سلم له ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة .

على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت فإن تبعة الهلاك تقع على السارق"

فإذا أردنا أن نطبق هذا النص على التزام الوسيط السمسار برد ما كان بيده من سلع أو عينات ونحوها وهو التزام بعمل، فإن تبعة الهلاك تكون على الوسيط السمسار إذا كان العميل قد أعذره بالتسليم ، وحصل الهلاك بعد الإعذار، لأن الوسيط السمسار هو المدين بالالتزام بالرد أو بالتسليم والعميل هو الدائن.مع أن النص يوحي بأن تبعة الهلاك تكون على الدائن قبل أن تقوم بإعذار المدين.

كما أن الفقرة الثانية من النص المذكور يوحي بأن المدين وهو الوسيط السمسار يستطيع أن يتخلص من تبعة الهلاك، إذا أثبت أن الشيء كان يضيع أو يهلك كذلك عند الدائن أي العميل ولو سلم إليه, ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجأة باتفاق صريح على ذلك.

---

[102] : الدكتور أنطوان قسيس أمالي ومحاضرات في القانون المدني للصف الثالث عام 1965-1966 مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية جامعة حلب عدد 700 سنة 1965 ص85.

وهذا على الرغم من أن المادة 121 مدني نصت على أن : **"في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة* تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون"**

أي إذا انقض الالتزام لاستحالة تنفيذه طبقا للمادة 307 من تنقضي الالتزامات المقابلة له ويفسخ العقد بقوة القانون وهو ما يعنىأن تبعة الهلاك تكون على عاتق المدين (الوسيط السمسار)ولا يتخاص من هذه التبعة الا بتقديم الإثبات على أن الشيء كان يهلك كذلك عند العميل الدائن ولو انه سلم إليه.(103)

وقد استخلص الفقه مبادئ عامة بالنسبة لموضوع تبعة الهلاك ويرى الأستاذ الدكتور السنهوري أن الالتزام بالتسليم قد يكون التزاما مستقلا وقد يكون التزاما تبعيا.

ويكون الالتزام بالتسليم التزاما تبعيا عندما يتضمنه الالتزام بنقل حق عيني كالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري, المادة 351 : مدني فتبعية الهلاك هنا تكون على المالك (البائع) على الرغم من انه أصبح غير مالك إذ انتقلت الملكية إلى الدائن تنفيذا للالتزام الأصلي بنقل الملكية، وذلك لان الالتزام بالتسليم ليس في حقيقته إلا التزاما مكملا للالتزام بنقل الملكية. إذ لا تخاص الملكية فعلا لدائن إلا بالتسليم، ومن ثم كان هلاك على المدين. وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معا.

وقد يكون الالتزام بالتسليم التزاما مستقلا فيكون منذ البداية التزاما بعمل ولا يكون تبعيا يتضمنه التزام آخر. مثل ذلك التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر، والتزام المستأجر برد العين المؤجرة إلى المؤجر عند انتهاء الإيجار.

والهلاك يكون فى هذه الحالة على المالك والغالب أن يكون هو الدائن بالتسليم وقد يكون المالك هو المدين بالتسليم (التزام المالك بتسليم العين المؤجر للمستأجر)و مع ذلك يكون هلاك على المالك، لان الأصل في الهلاك أن يكون على المالك، فهو الذي يكسب الغنى ويتحمل الغرم وأنه لم يزحزح هذه التبعة عن المالك المدين بالتسليم في الالتزام التبعي إلا اعتبار أن الالتزام التبعي بالتسليم مكمل للالتزام بنقل الملكية.(104)

وتطبيق لهذا الرأي فان العميل الدائن بالتسليم يتحمل تبعة هلاك ما بيد الوسيط السمسار من أشياء لانه هو المالك وهو الذي يكسب الغنم فيتحمل الغرم. وهذا ما يطبق في عقود الإيجار والعارية والوديعة.

---

*): سقطت من النص كلمة "استحالة " إذا المقصود هو انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه.

(103): د. أنطوان قسيس المرجع السابق ص86

(104): د . الدكتور السنهوري الوسيط جزء الثاني ص748 د. أنطوان قسيس المررجع السابق ص92

ويرى الدكتور سليمان مرقس أن الأصل في تبعة الهلاك أن تقع على عاتق المدين إذا كان الالتزام الذي هلك محله أو صار الوفاء به مستحيلا التزاما ناشئا عن عقد ملزم للجانبين منشئ في ذمة العاقد الآخر التزاما مقابلا للالتزام الذي هلك محله، كما في هلاك المبيع قبل التسليم إذ يترتب على الهلاك انقضاء التزام المشترى بدفع الثمن وانفساخ البيع من تلقاء نفسه وتحمل البائع تبعة هلاك المبيع.

أما إذا كان الالتزام الذي هلك محله أو صار مستحيلا التزاما ناشئا عن عقد ملزم جانبا واحدا. كما في التزام الواهب فلا ينطبق عليهم حكم القاعدة القائلة أن تبعة الهلاك تكون على المدين بالالتزام بل على العكس تكون تبعة هلاك الشيء على الدائن(الموهوب له) في العقود الملزمة جانبا واحدا كعقد الهبة.

وكذلك إذا كان الالتزام الذي صار الوفاء به مستحيلا ناشئا عن عقد ملزم للجانبين و لكنه التزام عرضي ليس هو المقصود بذلك العقد، ولا يقابله في ذمة العاقد الآخر التزام مقابل مثل التزام المستأجر برد العين المؤجرة , والتزام الوديع في الوديعة برد الشيء المودع لديه. ذلك لأن القاعدة القائلة أن تبعة الهلاك على المدين بالالتزام لا تنطبق إلا حيث يكون للالتزام الذي هلك محله التزام مقابل، أما هذه الحالة فتقع تبعة الهلاك على عاتق الدائن لا على عاتق المدين لان الالتزام هو التزام عرضي لا يقابله التزام مقابل على عاتق المتعاقد الآخر.[105]

وتطبيقا لهذا الرأي فان العميل هو الذي يتحمل تبعة الهلاك في الفرض السابق لان التزام الوسيط السمسار بالتسليم أو بالرد ليس إلا التزاما عرضيا للالتزام الأصلي وان هذا الالتزام العرضي بالتسليم أو بالرد لا يقابله أي التزام مقابل في ذمة العميل فتكون تبعة الهلاك على الدائن بالالتزام أي العميل.

ويترتب حكم تبعة الهلاك في هذه الحال تلقائيا وينقضي الالتزام المقابل من تلقاء نفسه دون حاجة لإقامة الدعوى لطلب الفسخ المادة121 مدني و هذا ما يميز انقضاء الالتزام بسبب هلاك محل الالتزام المقابل له عن الفسخ القضائي بسبب عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه إذ أن عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه يجيز للمتعاقد الآخر المطالبة بفسخ العقد، ولكن بشرط إعذار المدين الممتنع عن الوفاء وإقامة الدعوى عليه بطلب الفسخ. المادة 199 مدني.

و لكن مع كل هذا يجوز الاتفاق على ما يخالف القواعد العامة المتعلقة بتبعة الهلاك لأنها تعتبر من نوع القواعد المكملة وليس من نوع القواعد الملزمة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

---

(105): د. سليمان مرقس ،المرجع السابق ص 856 و د. أنطوان قسيس المرجع السابق ص86

وعلى الرغم من أن العميل يتحمل تبعة الهلاك على النحو السابق بيانه إلا انه ادا أعذر الوسيط السمسار وحصل الهلاك بعد هذا الاعذار بين يدي الوسيط السمسار عندئذ تنقل تبعة الهلاك من العميل إلى الوسيط السمسار إذ يعتبر بعد الإعذار مقصرا فى عدم تسليم ما بين يده للعميل فيتحمل جزاء تقصيره.

ثانيا: المسؤولية المدنية للوسيط

1: المسؤولية العقدية للوسيط السمسار

أ- المسئولية العقدية عن الفعل الشخصي :

أسفرت دراسة السابقة عن بيان عدد من الالتزامات الواجبة الاحترام من طرف الوسيط السمسار الذي عادة ما يقود عملية التفاوض لإبرام صفقة بين عميله والمتعاقد الآخر وقد تأكد أن الفقه والقضاء يعتبران هذه الالتزامات أساسا لعملية التفاوض بداية من الالتزام بالإعلام Obligation d'informer والالتزام بالعلم أو الاستعلام إلى الالتزام بالأمانة والحيدة وحتى الالتزام بالمحافظة على السر المهني. وهي التزامات تنبثق كلها عن قاعدة حسن النية التي يلتزم كل متفاوض بمراعاتها، فلا يحيد عنها وإلا تقررت مسئوليته المدينة اتجاه المتعاقد الآخر، و غني عن البيان أن مسئولية المهني المحترف في مجال تخصصه أثقل وأشد من مسئولية غير المحترف فيما يتعلق باحترام هذه الالتزامات.

وقد سبق التأكيد إن هذه الالتزامات مفروضة على الوسيط السمسار اتجاه العميل وفى مواجهة الطرف الذي لم يكلفه، لأن هذه الالتزامات منبثقة عن مبدأ حسن النية، وواجب الأمانة الذي يجب ان يسود جميع المعاملات المالية وقد نصت المادة 200 من قانون التجارة المصري الجديد الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1999على هذا الحكم بنصها ان

" **علىالسمسار ولو لم يكن مفوضا إلا من أحد طرفي العقد أن يعرض الصفقة على الطرفين بأمانة وأن يوقفهما على جميع ظروف التي يعلمها عن الصفقة وأن يكون السمسار مسؤولا قبلهما عما يصدر منه من غش أو خطأ جسيم".**[106]

وهو ما أكده الفقه فإن كانت التزامات السمسار تتمثل أساسا في التقريب بين وجهتي نظر المتعاقدين وتنتهي مهمته بإتمام التعاقد فلا يسأل عن تنفيذ ما جاء بهذا العقد، كما وانه لا

---

(106) : المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق 672.

يضمن يسار أحد المتعاقدين, إلا أن هذا لا يحول دون التزام الوسيط السمسار بواجب الحرص والعناية فى تأدية مهمته، وإلا كان مسؤولا عن التعويض.

و المحكمة هي التي تقدر متى يقع الوسيط السمسار في خطأ أو إهمال. ونظرا لأنه محترف فعليه ان يبذل المزيد من الحرص والعناية بكونه خبير بالعمليات التي توسط فيها.(107)

و المسئولية هي مسئولية عقدية اتجاه العميل دائما بوجود عقد الوساطة بينهما لان التزام الوسيط السمسار بأداء العمل المتوسط فيه كالتزام رئيسي أو التزامه بمستلزمات هذا الالتزام وهى واجب الإعلام أو الإفضاء وواجب الحيدة والأمانة وواجب كتمان السر المهني، مصدرها عقد الوساطة، فهي التزامات عقدية، ويعتبر الإخلال بها خطأ عقديا يثير المسئولية العقدية على عاتق مرتكبه، بتعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر وهو العميل.

والالتزام بالإفضاء أو الإعلام مصدره عقد الوساطة فقد نصت المادة 107 فقره 2 مدني على انه " لا يقتصرا لعقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام". فاعتبارات العدالة تقتضي إدخال الالتزام بالإعلام أو بالإفضاء في دائرة التعاقد، كونه من مستلزمات الالتزام الرئيسي. (108)

ولما كان التزام الوسيط السمسار على هذا النحو هو التزام ببذل عناية، فإنه يتعين على العميل إثبات الخطأ في جانب الوسيط لكي تقوم المسئولية العقدية لهذا الأخير. أي يتعين عليه إثبات أن الوسيط السمسار قصر في العناية المطلوبة وهى عناية السمسار الفطن الذي له دراية وخبرة بالمهنة التي يمارسها.

إلى جانب إثبات الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

الركن الأول: الخطأ LA FAUTE:

يعرف الخطأ بأنه الإخلال بالتزام عقدي أي عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام الناشئ عن عمده أو عن عماله أو عن فعله أي دون أن يثبت في جانبه عمد أو إهمال. على أن الالتزام ببذل عناية يكون الخطأ

---

(107): المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق 673

(108): د .مختار أحمد بريري المرجع السابق ص124 ود . فايز نعيم رضوان المرجع السابق ص310 وص 314 ود . حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص577 و د سمير الشرقاوي المرجع السابق ص78.

العقدي فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة. فإذا بذلت هذه العناية فلا خطأ ولو لم يتحقق الغرض المقصود.(109)

ولكن درجة العناية المطلوبة هي عناية كبيرة إذ يجب على الوسيط السمسار أن يبذل الكثير من العناية والحرص في تأدية مهمته وإلا كان مسؤولا عن التعويض. والمحكمة كما سبق التأكيد هي التي تقدر متى يقع السمسار في خطأ أو إهمال وهى غالبا ما تتشدد في مساءلة السمسار المحترف ذلك أن عليه أن يبذل المزيد من الحرص والعناية بحسبان انه خبير بالعمليات التي يتوسط فيها.(110) فلا يجوز أن يخفى عليه ما لا يخفى على كل سمسار فطن له دراية وخبرة بالمهنة التي يمارسها.(111)

وحتى إذا رجع عدم الوفاء بالالتزام إلى فعل شخص آخر غير الوسيط السمسار فان مسئولية هذا الأخير تقع قائمة سواء كان هذا شخص تابعا له أو بديلا عنه أو نائبا أو مساعدا في تنفيذ العقد. إذ في هذه الحالة لا يعد فعل التابع أو النائب سببا أجنبيا بالنسبة للمدين الوسيط السمسار.

أما إذا كان عدم الوفاء راجعا إلى سبب أجنبي فان مسئولية الوسيط السمسار تنتفي لانتفاء علاقة السببية بين خطئه والضرر إذ يعتبر السبب الأجنبي هو السبب الحقيقي في الضرر الذي أصاب الدائن من عدم الوفاء.(112)

إثبات الخطأ العقدي للوسيط السمسار:

في الالتزام ببذل عناية يرى جانبا في الفقه انه يتعين على الدائن وفى هذا الفرض العميل إثبات أولا عقد الوساطة ثم لا يقف عند هذا الحد بل يتعين عليه أن يثبت أن المدين الوسيط السمسار لم يبذل العناية المطلوبة بأن يثبت إهمالا معينا أو انحرافا عن أصول الصنعة، فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتا لخطأ المدين الوسيط السمسار، ثم يقوم بعد ذلك بإثبات الضرر، ويبقى على المدين ليتحلل من المسئولية إثبات السبب الأجنبي.

على أن جانبا من الفقهاء يرى أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدين وليس على عاتق الدائن وهو العميل، سواء كان ذلك في نطاق التنفيذ العيني أو في نطاق المسئولية العقدية، فالدائن يثبت قيام العقد مصدر الالتزام وهو عقد الوساطة، وعلى المدين الوسيط

(109): د . سليمان مرقس مرجع السابق ص230

(110): المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق 673

(111): موريس صادق المرجع السابق ص369

(112): د . سليمان مرقس المرجع السابق ص235

السمسار بعد هذا أن يثبت انه قام بتنفيذ الالتزام، فان عجز عن ذلك حكم عليه بالتنفيذ العيني أو بالتعويض وفقا للمادة 119 مدني أو وفقا للمادة 176منه.

ولقد نصت المادة 323 مدني جزائري على انه" على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

وفقا لذلك فان الدائن وهو العميل عليه إثبات مصدر الالتزام وهو عقد الوساطة. ثم لا يقف عند هذا الحد بل يواجه المدين الوسيط السمسار بما عنده من الأدلة على عدم تنفيذ الالتزام. والمدين من جهته يتقدم هو أيضا ليثبت انه قام بتنفيذ الالتزام.

والقاضي يوازن ما بين الأدلة المقدمة, ويحكم لمن ترجح أدلته أدلة الآخر، ولقد سبق البيان ان الوسيط السمسار يجب أن يبذل عناية السمسار الحريص والمحترف كونه خبير بالعمليات التي يتوسط فيها إن كان سمسارا محترفا ولذلك فان المحكمة تتشدد في مساءلته.[113]

وخطأ الوسيط السمسار في إخلاله بالالتزام بالإعلام أو بالإفضاء قد يكون سلبيا وقد يكون إيجابيا.

الطابع السلبي لخطأ الوسيط السمسار:

Le Caractère Négatif De La Faut

وهذا يكون عندما يكتم الوسيط السمسار عن العميل البيانات والمعلومات الخاصة بالصفقة وبالمعلومات الخاصة بالشخص المتعاقد معه رغم علمه بها، في حين أن العميل يحتاجها لاتخاذ قراره بالإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه متى كان هذا العميل يجهل حقيقة هذه الصفقة وحقيقة الحالة المالية للمتعاقد الآخر أو أهليته.

الطابع الإيجابي لخطأ الوسيط السمسار:

Le Caractère Positif De La Faute

(113) : المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق 673 و د. موريس الصادق المرجع السابق ص360

ويتخذ صورة كذب الوسيط في البيانات والمعلومات التي يقدمها للعميل سواء اقترف هذا الكذب باستعمال طرق احتيالية أو القيام بأعمال مادية لخداع العميل أو المتعاقد الآخر وحمله على التعاقد أم لا.(114)

هذا ولما كان من مصلحة السمسار الترويج للصفقة بشيء من المبالغة وتأكيد مكسبها. فان بعض الفقهاء يرى أن على العميل أن يتحرى مدى صدق المعلومات التي يتلقاها من السمسار، ومن هنا يجب على المحكمة في الرجوع على السمسار بالمسئولية عن المعلومات التي قدمها أن تتحقق من أثرها في إبرام الصفقة وفى حمل العميل على التعاقد بسببها.

فلا تعتبر المبالغة في التفضيل مثلا من قبيل التدليس الموجب للتعويض إلا إذا صاحب ذلك طرق احتيالية يكون من شأنها إيهام العميل والتأثير عليه.(115)

والواقع أن الوسيط السمسار يتحمل المسئولية عن تقديم بيانات كاذبة ولو لم ترقى إلى مرتبة الغش أو التدليس وهذا ما يفرضه عليه واجب الأمانة، فإذا كان الكذب مصحوبا بطرق احتيالية تدليسية فان الخطأ في جانبه يكون خطأ جسيما بتقديمه هذه البيانات الكاذبة، ويجب عليه ان يتحمل مغبته ويلتزم بتعويض المضرور عن كافة ما لحقه من أضرار بسبب ذلك.116

بل انه حتى ولو لم يكن هذا خطأ جسيما فان المدين الوسيط السمسار يلتزم بتعويض الضرر الذي أصاب الدائن وذلك لان هذا الضرر كان متوقعا منه ولما قدم معلومات خاطئة للدائن المضرور، فالمادة 182 مدني جزائري تحمل المدين التعويض لعدم الوفاء بالالتزام العقدي إذا كان الضررمن الممكن أن يتوقعه وقت التعاقد، وهو بإقدامه على تزويد المتعاقد بمعلومات خاطئة كان متوقعا حصول الضرر فيتحمل المسؤولية كما انه إذا كان الوسيط السمسار محترفا فانه يشترط فيه العلم بجميع البيانات المتعلقة بصفقة وبمخاطرها وبأهلية المتعاقد الآخر فلا يجوز له أن يزيد أو ينقص منها بأي شكل من الأشكال.

---

(114) : د . ممدوح محمد مبروك المرجع السابق ص58 هامش رقم 17

(115) : د . مراد منير فهمي المرجع السابق ص58 هامش رقم 17

(116):حمدي أحمد سعد المرجع السابق ص455

الركن الثاني الضرر: le préjudice

الضرر هو الركن الثاني والأساسي في المسئولية المدنية وهو الأذى الذي يلحق بالمضرور نتيجة خطأ الطرف الآخر، سواء كان ماديا يلحق المضرور في جسمه أو ماله أو كان أدبيا يلحقه في سمعته أو شعوره أو غير ذلك.و يشترط في الضرر أن يكون محققا أو مؤكدا Unpréjudice certain. بمعنى إلا يكون احتماليا أو مفترضا، بل يجب ان يكون قد وقع فعلا، أو انه سيقع فعلا في المستقبل وفقا للمجرى العادي للأمور. (117)

ومن ثم يشترط في الضرر الناشئ عن الإخلال بالالتزام بالوساطة في إتمام الصفقة المكلف بها لمصلحة العميل أو بالالتزام بالتفاوض مع الطرف الأخر أو بالالتزام بالإعلام أو بالإفضاء, أن يكون قد وقع فعلا أو أن يكون وقوعه في المستقبل أمرا مؤكدا وليس احتماليا. وفى هذا المجال يجب التفرقة بين الضرر الحال والضرر المحتمل والضرر المستقبل:

أ-**الضرر الحال:**

هو ذلك الضرر الذي وقع فعلا واكتملت عناصره نهائيا. والنتيجة الضارة قد تكون نهائية منذ وقوع الإخلال بالالتزام، أو قد تكون كذلك وقت الحكم بالتعويض عنها بعد ان يكون الوضع الأصلي قد تطور حتى استقر عليها، فيكون تقويم التعويض على أساس النتيجة التي حصلت عند الحادث أو استقرت بعده.(118)

ب- الضرر المستقبل:

فهو ذلك الضرر الذي تحقق سببه ولكن أثاره لم تظهر كلها أو لكونها تراخت إلى المستقبل ومن ثم فهو ضرر سيقع حتما في مستقبل.

ومن أمثلة هذا النوع من الضرر في حالة إخلال الوسيط السمسار بالالتزام بالإعلام أو بالإفضاء أو نقص البيانات المتعلقة بالشيء الذي ينصب عليه العقد محل الوساطة كعدم التحذير من مخاطر هي مما أدى إلى إصابة العميل في رجله أو يده وأدى إلى بترها فان هذا الضرر وان كان حالا فانه ينتج عنه كذلك أضرار مستقبلية تتمثل في عجزه عن القيام بالعمل

---

(117):د . سليمان مرقس المرجع السابق ص236 و الدكتور السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي المجلد الثاني الجزء السادس ص121 والدكتور ممدوح محمد مبروك المرجع السابق ص414 ، والدكتور محمد حسام محمود لطفي المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ص88.

(118):د .حمدي أحمد سعد المرجع السابق ص 502 والدكتور عاطف النقيب النظرية العامة للمسؤولية الناسئة عن العقد الشخصي الخطا والضرر منشورات عويدات بيروت باريس ، وديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ص274

الذي كان يقوم به فيقل دخله أو ينقطع, وما قد يعانيه من أعباء عائلية بسبب ذلك إضافة إلى ما يتحمله من نفقات مالية بالغة في سبيل شفاءه مما حل به من أمراض.(119)

والقاضي يحكم بالتعويض المناسب عن الضرر المستقبل متى كان وقوعه مؤكدا أو حتميا وأمكن تقديره, وله أن يستعين في هذا الصدد برأي أهل الخبرة، وإلا فإنه يحكم للمضرور بتعويض مؤقت عن الضرر الذي أمكن تقديره ، ويحتفظ للمضرور بحقه في المطالبة بالتعويض عما سيلحقه من ضرر المادة 139 مدني نصت على أن:

"يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة182 مع مراعاة الظروف الملابسة، فان لم يتيسر له وقت الحكم ان يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مده معينة بالنظر من جديد في التقدير".

ولقد أقرت المحكمة العليا هذا الحكم في القرار الصادر بتاريخ 1987/06/17 ملف رقم 50190.(120)

ويجوز كذلك أن يجعل التعويض في صورة إيراد مرتب مدى الحياة متى كان من المتوقع أن هذا الضرر سيتمثل في عجز دائم عن العمل مدى الحياة وكذلك للتغلب على صعوبة معرفة الوقت الذي ستمتد إليه حياة المضرور.(121)

الضرر المحتمل:

هو الضرر الذي لم يقع ولا يوجد ما يؤكد وقوعه في المستقبل ، إذ يتوقع وقوعه على ظرف غير مؤكد حصوله، فتكون فكرة الاحتمال هي التي تحكمه فتميزه عن الضرر المستقبل.

وهذا النوع من الضرر لا يوجب التعويض لأنه ضرر افتراضي قد يتحقق وقد لا يتحقق، والأحكام تبنى على اليقين وليس على محض الافتراض وهو ما اتفق عليه الفقه والقضاء.(122)

---

(119): د . حمدي احمد سعيد المرجع السابق ص504

(120): المجلة القضائية العدد الرابع لسنة 90 ص119

(121): د . حمدي أحمد سعد المرجع السابق ص 504 و الدكتور عاطف النقيب المرجع السابق ص276

(122): د . عاطف النقيب المرجع السابق ص 285 و د . حمدي احمد سعيد المرجع السابق ص505.

الضرر المباشر:

ويشترط ثانيا ان يكون الضرر مباشرا أي ان يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به المادة 182 مدني.

ويكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ متى لم يكن في استطاعة الدائن إن يتوقاه ببذل جهد معقول المادة 182 مدني.

ومن أمثلة عن الضرر المباشر الخسارة التي تلحق بالعميل نتيجة إقدامه على إبرام صفقة غير رابحة كان الوسيط السمسار على علم بمخاطرها ومع ذلك لم يعلم أو لم يفضي بهذه المخاطر للعميل. [123]

الركن الثالث: وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر:

ومقتضى هذا الركن أنه يجب أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر الذي أصاب الدائن، فإذا كان الوسيط السمسار وهو المدين بالالتزام بالإفضاء أو بالإعلام قد كتم بعض المعلومات الجوهرية المتعلقة بالصفقة وكان هذا الكتمان هو الذي جعل العميل يقدم على التعاقد في صفقة غير رابحة تكبد من ورائها أضرارا مادية، فان علاقة السببية تكون قائمة بين الخطأ والضرر.[124]

ويتعين على العميل المضرور أن يثبت الخطأ في جانب الوسيط السمسار والضرر الذي أصابه والعلاقة السببية بينهما حتى يستطيع مطالبة الوسيط بالتعويض، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات باعتبار أن السمسرة بالنسبة للوسيط السمسار عمل تجاري بحسب موضوعه فيجوز إثباتها بكافة الطرق.

كما أن الخطأ في ذاته هو واقعة مادية يجوز إثباتها بكل الطرق وكذلك الضرر والعلاقة السببية.[125]

آثار قيام المسئولية العقدية:

إذا توافرت أركان المسئولية العقدية على النحو السابق ثبت للمضرور الحق في الحصول على التعويض عن الضرر الذي أصابه.

ويشمل التعويض أساسا ما يلي:

---

(123): ود . حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص577

(124): د . سليمان مرقس المرجع السابق ص238

(125): ممدوح محمد مبروك المرجع السابق ص416 و د . سليمان مرقس المرجع السابق ص639

1- **ضياع الوقت perte de temps :**

يعتبر ضياع الوقت ضررا متوقعا متى كان نتيجة فشل المفاوضات بسبب خطأ من الوسيط السمسار إذا أقام العميل المضرور الدليل عليه.

ويكفيه في ذلك أن يثبت انه لولا هذه المفاوضات ما كان فقد ما فقد من وقت.[126]

2- **الفرصة الضائعة occasions perdues أو تفويت الفرصة perte d'une occasion :**

يجوز للعميل أي الدائن الحصول على تعويض عن الفرصة التي ضاعت منه لإبرام عقود أخرى محل العقد الذي لم يحصل عليه. إذا ما أثبت ضياع هذه الفرص وأثبت أن عدم حصوله على العقد المنشود كان نتيجة خطأ من الوسيط أثناء مرحلة المفاوضات.

فإذا عجز عن إقامة الدليل على فوات فرص أخرى للاتفاق لم يكن له حق الرجوع على الوسيط السمسار عن تفويته فرصة إبرام العقد محل التفاوض وعما فقد من وقت في أثناء مرحلة التفاوض الفاشلة.[127]

ومن أمثلة تفويت الفرصة ما قد يقدمه الوسيط السمسار من بيانات خاطئة للشخص المرغوب التعاقد معه، تدفعه إلى عدم الإقدام على التعاقد، كإمداده بمعلومات خاطئة عن إمكانيات العميل أو عن إمكانيات السوق المحلية...الخ تجعل هذا الشخص لا يقدم على التعاقد، كما وقد يحذر الوسيط السمسار عميله من الصفقة تحذيرا خطأ تجعل هذا العميل يمتنع عن التعاقد.

والملاحظ أن التعويض عن الفرصة الضائعة لعدم إبرام العميل لعقود أخرى محل العقد الذي لم يحصل عليه بخطأ الوسيط السمسار، لا يكون إلا إذا أثبت هذا العميل انه سحب إيجابا ملزما قدم إليه، أو عدوله عن وعد بعقد كان سيقبله لو لا الأمل الكاذب الذي خلقه في نفسه الوسيط السمسار، وجعله ينظر إلى الصفقة موضوع التفاوض كما لو كانت مضمونه المنال.[128]

---

[126]: د . محمد حسام محمود لطفي المرجع السابق ص93

[127]: د . عاطف النقيب المرجع السابق ص 287 والدكتور حمدي أحمد سعد ص505 و د . محمد حسام محمود لطفي المرجع السابق ص94

[128]: في هذا المعنى الدكتور محمد حسام محمود لطفي المرجع السابق ص94

ولذلك فان مبالغة الوسيط السمسار وتأكيده مكاسب الصفقة للعميل والتي تجعله يتمسك بها ويترك ما قدم إليه من إيجاب أو وعد يكون موجبا للتعويض. [129]

والملاحظ أيضا انه وأن كانت الإفادة من الفرصة أمرا محتملا، فان الحرمان من الفرصة في حد ذاته وكذلك فواتها يعد ضررا محققا.[130]

ومقدار التعويض يزيد أو ينقص في هذه الحالة بحسب الأحوال إذ يزيد إن كانت الفرصة البديلة منعدمة أو صعبة المنال. وينقص إذا ثبت أن الفرصة البديلة سهلة ومتاحة دون عقبات.

وقد يقدم العميل على إبرام عقود أخرى مع الغير توطئة وتمهيدا للعقد المرتقب، فإذا تسبب الوسيط السمسار في فشل المفاوضات وبالتالي إلى عدم إبرام هذا العقد، فان العميل لا يمكن أن يرجع على الوسيط السمسار بقيمة ما قد يستحق عليه من تعويضات لعدم تنفيذ ما أبرمه من عقود مع آخرين، لان العميل يكون وبإقدامه على إبرام مثل هذه العقود قبل نجاح الوسيط السمسار في المفاوضات وقبل إبرام العقد محل التفاوض قد ارتكب خطأ تمثل في خفته أو اندفاعه أو رعونته أو غير ذلك مما يعيب مسلكه ويجعل ما لحقه من ضرر بمثابة ضرر غير متوقع.

3- المساس بالثقة أو السمعة التجارية:

قد يقدم الوسيط السمسار على إعطاء الشخص الذي يتفاوض معه معلومات خاطئة أو بالأحرى كاذبة أو يستعمل في محاولة منه لإقناع هذا الشخص على التعاقد مع العميل طرقا احتيالية تدليسية، تمكن المتفاوض من كشفها وقطع بسبب ذلك المفاوضات ففي هذه الحالة سيلحق العميل ضرر معنوي في سمعته ومصداقيته في السوق دون شك، ينتج عنه ضرر مادي يستحق هذا العميل التعويض عنه.[131]

---

(129): عكس ما ذهب إليه البعضمن أن الترويج للصفقة بشيء من المبالغة وتأكيد مكاسبها لا يعد من قبيل التدليس الموجب للتعويض . الدكتور مراد منير فهمي المرجع السابق ص 58 هامش 17

(130): الدكتور محمد حسام محمود لطفي المرجع السابق ص95 والدكتور عاطف النقيب المرجع السابق ص 287

(131): في هذا المعنى الدكتور محمد حسام محمود لطفي المرجع السابق ص97و99

ب- المسئولية العقدية للوسيط السمسار عن عمل الغير:

قد ينيب الوسيط السمسار غيره في تنفيذ العمل المكلف به دون أن يكون مرخصا له في ذلك، فيكون مسؤولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه، [132] ومسئوليته في هذه الحالة اتجاه العميل هي مسئولية عقدية عن فعل الغير.

وحتى تقوم هذه المسئولية يلزم وجود ما يلي:

1- عقد صحيح بين العميل والوسيط السمسار وهو عقد الوساطة أو السمسرة.

2- استعانة المدين الوسيط السمسار في تنفيذ العمل بالغير.

3- عدم قيام المدين الوسيط السمسار بتنفيذ هذا العمل المكلف به نتيجة لفعل الغير الذي استعان به أو إنابه.

على انه عندما يتعهد الوسيط السمسار بضمان فعل اللذين يستعين بهم في تنفيذ العمل، فانه يكون مسئولا عن هؤلاء الأشخاص نتيجة للضمان الاتفاقي وهى عندئذ تكون مسئولية مباشرة اتجاه الوسيط السمسار .

كذلك عندما يتعلق الأمر بخطأ شخصي للوسيط السمسار كان هو السبب في عدم قيام الغير بالمهمة الموكلة إليه، كأن يهمل الوسيط السمسار المدين في الرقابة على الغير الذي يقوم بتنفيذ العمل. أو تحويل تنفيذ العمل إلي شخص غير كامل الأهلية أو مهمل، أو إذا استعان بعامل ناقص الخبرة الفنية اللازمة للقيام بالعمل المطلوب.[133]

وقد أسسها البعض على نظرية القوة القاهرة، وهى النظرية التي أتى بها الفقيه بيكيه، فحسب هذه النظرية يكون المدين مسئولا عن أفعال مساعديه، لأن أفعال هؤلاء المساعدين لا تمثل بالنسبة له قوة قاهرة أو حادثا فجائيا يعفيه من الالتزام، وتتطلب القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ضرورة توافر عناصر هي عدم وجود خطأ من جانب المدين.

وأن تكون أمرا خارجيا عنه، ولذلك يكون المدين مسئولا عن تنفيذ التزامه ولو لم يقع منه أي خطأ بل من مساعديه لان أعمال هؤلاء المساعدين لا تتوافر فيها شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، لافتقارها لعنصر الخارجية، فالأمر الذي يقوم به المساعدون أمر خاص بالمدين، والمساعد الذي يستعين به المدين ليس أجنبيا عنه، فهو يعمل من اجل المدين وفى

---

[132]: د محسن تفيق المرجع السابق ص 55.

[133]:الدكتور عبد الرشيد مأمون المسؤولية العقدية عن فعل الغير دار النهضة العربية مطبعة جامعة القاهرة 1986 صفحة 42

إطار النشاط الاقتصادي الذي يمارسه. ورأى الكثير من الفقهاء ان هذه النظرية هي أقرب النظريات إلى الصواب. [134]

ولقد نصت المادة 204 من قانون التجارة المصري الجديد رقم17 سنه 1999على أن **"إذا أناب السمسار غيره في تنفيذ العمل المكلف به دون أن يكون مرخصا له في ذلك كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه ويكون السمسار ونائبه متضامنين في المسئولية".**

2- وإذا رخص للسمسار في أقامه نائب عنه دون أن يعين له شخص النائب، فلا يكون السمسار مسئولا إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات.

3- وفى جميع الأحوال يجوز لمن فوضه السمسار ولنائب السمسار أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر. والنص المذكور مستمد من أحكام عقد الوكالة إذ نصت المادة 708 مدني مصري على نفس هذه الأحكام بالنسبة لمسئولية الوكيل ونائبه . وهى المقابلة للمادة 580 مدني جزائري وهى المقابلة للمادة1994 مدني فرنسي.

وبالتالي فان نص المادة 204من قانون التجارة المصري لم تأخذ بقواعد المسئولية العقدية عن عمل الغير، بل بالتضامن، حيث اعتبر ان الخطأ الذي يصدر من نائب السمسار بمثابة خطأ صادر عن السمسار نفسه. أي أن الوسيط السمسار يسأل بناءا على معيار المسؤولية الذي ينطبق عليه اى المسئولية على الفعل الشخصي مسئولية مباشرة، كما يمكن للعميل أن يرجع على الوسيط بموجب المسئولية العقدية عن فعل الغير، كما يمكن للعميل ان يرجع على النائب بموجب دعوى مباشرة لأنه مسئول بالتضامن مع السمسار.

والأصل في القواعد العامة أن المسئولية هنا لا تكون بالتضامن لتعدد المصدر بالرغم من وحدة المحل، وإنما تقوم على أساس التضامم. وإذا رجع على أحد المتضامنين فانه ليس لأحدهم إن يتمسك بمعيار المسؤولية الذي ينطبق على الآخر.

فإذا كان وسيط السمسار مأجورا بينما النائب غير مأجور وبذل النائب عنايته الشخصية في تنفيذ الإنابة والتي كانت دون عناية الشخص المعتاد، فانه يكون قد بذل العناية المطلوبة منه، ولا يكون مسئولا في هذه الحالة لأنه غير مأجور. [135]

بينما يكون الوسيط السمسار مسئولا لأنه مأجور والعناية المطلوبة منه هي عناية الشخص المعتاد. أما إذا كان الوسيط السمسار غير مأجور وكان النائب مأجورا، فان الوسيط السمسار لا يلتزم أمام العميل ألا يبذل عنايته الشخصية إذا كانت أدنى من عناية الشخص

---

(134): د. عبد الرشيد مأمون المرجع السابق ص91

(135): د.محسن شفيق المرجع السابق ص 56.

المعتاد، فإذا نزل عن عناية الرجل المعتاد لم يكن مسئولا اتجاه العميل لأنه يجوز له أن ينزل عن عناية الرجل المعتاد لأنه غير مأجور، ويكون النائب مسئولا اتجاه العميل لأنه مأجور. [1]

وطبقا للمادة 204 قانون التجارة المصري المذكورة فان الترخيص للسمسار في الإنابة دون تعيين شخص النائب يعفي السمسار من المسئولية العقدية عن عمل النائب، ولم يحمل النص المذكور السمسار المسؤولية إلا عن خطئه في اختيار نائبه، أو فيما أصدره من تعليمات للنائب. كأن يختار السمسار شخصا غير كامل الأهلية أو أشهر إفلاسه أو إعساره، أو مشهور بالإهمال أو معروف بعدم الأمانة، سواء وجدت هذه الأمور في النائب وقت الاختيار أو وجدت بعد ذلك، فعلى الوسيط ان يسهر على مراقبة النائب الذي يختاره حتى لا يوصف الخطأ الذي يقع من هدا الأخير على انه خطأ في الاختيار أو في الرقابة من جانب الوسيط . [1]

على انه إذا وقع خطأ شخصي من الوسيط السمسار قامت مسئوليته اتجاه العميل بموجب عقد الوساطة، كما سبق البيان ولا يكون الوسيط السمسار متضامنا مع نائبه في هذه الحالة لان مسئولية الوسيط السمسار هنا مصدرها الخطأ الذي وقع منه لا المسئولية العقدية عن عمل الغير. خلاف ذلك إذا لم يرتكب الوسيط السمسار أي خطأ لا في اختيار نائبه ولا في التعليمات التي وجهها إليه إذ في هذه الحالة يكون النائب هو المسئول عن هذا الخطأ اتجاه العميل بموجب دعوى مباشرة، واتجاه الوسيط السمسار الذي وكله بموجب عقد الوكالة، ولا يكون الوسيط السمسار مسئولا اتجاه العميل مسئولية عقدية عن الغير .

وهي نفسها أحكام عقد الوكالة إذ نص المادة 204 قانون التجارة المصري مأخوذة من القواعد العامة لعقد الوكالة كما سبق البيان.[136]

أما إذا كان العميل قد حدد للوسيط السمسار شخصا معينا بعينه فلا يكون الوسيط السمسار مسئولا عن اختيار نائبه، ولكنه يسأل عن خطأ فيما أصدره من تعليمات، أو عن الإهمال في مراقبته وتوجيهه.

ولكن إذا كان عقد الوساطة قائم على الاعتبار الشخصي إذا ادعى فيه العميل صفة في الوسيط السمسار فانه لا يجوز لهذا الأخير أن ينوب عنه غيره في تنفيذ عقد الوساطة، لان هذا يعد بمثابة المنع الصريح.

فإذا قام الوسيط السمسار مع ذلك بالإنابة على الرغم من المنع الصريح أو الضمني المستشف من طبيعة عقد الوساطة وكونه قائم على الاعتبار الشخصي. لم يكن العمل الذي قام به النائب ملزم للعميل، ويكون الوسيط السمسار غير منفذا لالتزامه، ومن ثم تقوم في جانبه

---

[136] : الدكتور عبد الرشيد مأمون المرجع السابق ص163 و الدكتور السنهوري المرجع السابق ص490 والدكتور محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص 681.

المسئولية العقدية اتجاه العميل. إلا إذا أقر العميل هذا العمل على الرغم من المنع الصريح أو الضمني، إذ يعتبر الإقرار اللاحق كالإذن السابق.[137]

ويرى البعض انه حتى في غياب نص يبين مسئولية السمسار المنيب فانه يمكن الأخذ بأحكام عقد الوكالة بهذا الخصوص (المادة 580 مدني جزائري، المادة 708مدنى مصري).

ولكن في حقيقة الأمر عقد الوساطة (السمسرة) يختلف عن عقد الوكالة كما سبق البيان، ولذلك لا يمكن إعمال نصوص عقد الوكالة على عقد الوساطة، وعلى ذلك يكون الوسيط السمسار مسئولا عن عمل نائبه, وهي مسئولية مدنية عن عمل الغير وأساس ذلك هو أن عمل النائب سواء كان هذا العمل يشكل خطأ أم لا، لا يمثل حادثا فجائيا أو قوة قاهرة يمكن للمدين (الوسيط السمسار) أن يحتج به، فهو صدر من شخص يعمل مع المدين وليس أجنبيا عليه.

ولكن لا يكون الوسيط السمسار ونائبه متضامنين في المسئولية. فلا يجوز للعميل الرجوع على النائب بدعوى مسئولية عقدية مباشرة لانه لم يبرم عقد الوساطة مع هذا النائب، إذ يعد النائب في هذه الحالة من الغير بالنسبة للعميل ألا إذا وجد اتفاق رخص بموجبه العميل للوسيط السمسار في أن ينيب عنه غيره في تنفيذ العمل المكاف به. إذا ان التضامن في المواد التجارية بين المدينين به مفترض ولا يجب الاتفاق عليه صراحة.

والملاحظ انه إذا لم يرخص العميل للوسيط في إنابة غيره ومع ذلك أناب هذا أخير غيره في تنفيذ العمل ولم يقره العميل ترتبت المسئولية المدينة المباشرة في جانب الوسيط اتجاه العميل إذ يعد عندئذ غير منفذ لالتزامه أصلا.

على انه إذا رجع عليه بدعوى المسئولية المدينة عن عمل الغير افترض في هذه الحالة انه قد أقر الإنابة ضمنا وبالتالي تعد كالإذن السابق للوسيط في إنابة غيره في تسخير العمل، ولكن لا يجب على العميل إثبات خطأ النائب لقيام مسئولية الوسيط السمسار عن عمل الغير، فلا أهمية في هذه الحالة لمعرفة ما إذا كان الضرر الذي لحق بالعميل حدث نتيجة خطأ من النائب المساعد أم لا, إذ تقوم مسئولية المدين الوسيط السمسار ليس فقط في حالة خطأ النائب المساعد، ولكن أيضا في حالة الفعل البسيط الذي يصدر منه، ويؤدى إلى عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام[138].

وإذا قامت مسئولية المدين الوسيط السمسار اتجاه الدائن وهو العميل وبعد أن يقوم بدفع التعويض لهذا الدائن عن الضرر الذي أصابه من عدم تنفيذ الالتزام، أو تنفيذه تنفيذا

د . السنهوري الوسيط جزء 7 ص 491 ،492 و د. عبد الرشيد تأمون المرجع السابق ص165

[137]: د . السنهوري الوسيط جزء 7 ص 493

[138]: د. عبد الرشيد مأمون المرجع السابق ص173

معيبا، نتيجة لفعل المساعدين الذين استعان بهم، جاز لهذا المدين بعد ذلك أن يرجع على هؤلاء المساعدين بما وفاه للدائن.

والملاحظ أن المدين الذي اشترط الإعفاء من المسئولية العقدية عن فعل الغير الذين يستعين بهم في تنفيذ التزامه لا يتحمل المسئولية حتى في حالة الغش أو الخطأ الجسيم من المساعد المادة178 مدني جزائري على انه يجب أن يكون الاتفاق صراحة على الإعفاء من المسئولية عن الخطأ الجسيم أو الغش الصادر من المساعدين، ويلزم وجود اتفاق الإرادتين، أما الإعلان الصادر عن الإرادة المنفردة للمدين ينص فيه على إعفاء نفسه من المسئولية عن فعل الغير فلا يكون مقبولا.(139)

2- المسؤولية التقصيرية للوسيط السمسار:

لقد سبق التأكيد أن واجب الأمانة وواجب الحيدة يفرض على الوسيط السمسار ولو لم يكن مفوضا إلا من أحد طرفي العقد أن يعرض الصفقة على الطرفين بأمانة وان الظروف التي يعلمها عن الصفقة ويكون السمسار مسئولا قبلهما عما يصدر منه من غش أو خطأ جسيم وهذا لأن السمسار مسئولا عن تبصير الطرفين بالظروف التي تحيط بالصفقة وهذا الالتزام هو ما يسمى بالالتزام بالتبصير أو بالإفضاء أو بالإعلام.

على أن مسئولية الوسيط السمسار في مواجهه الطرف الآخر الذي لم يكلفه هي مسئولية تقصيرية وليست عقدية. بل أن قانون حماية المستهلك قد حمل الوسيط السمسار مسؤولية الأضرار التي تصيب المستهلك في صحته أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية. متى كان هذا الوسيط قد توسط في عملية عرض المنتوج للاستهلاك إذ نصت المادة 5 منه على أنه:

"يجب على كل منتج أو وسيط أو موزع وبصفة عامه كل متدخل في عملية الوضع للاستهلاك أن يقوم بنفسه أو عن طريق الغير بالتحريات اللازمة للتأكد من مطابقة المنتوج و/أو الخدمة للقواعد الخاصة به والمميزة له.

و تكون هذه التحريات متناسبة مع نوع العمليات التي يقوم بها المتدخل ومع حجم صنف المنتوج و/أو الخدمة المعروضة للاستهلاك والإمكانيات التي يجب ان يتوافر عليها اعتبارا لتخصصه والقواعد المعمول بها عادة في هذا الميدان".

وانه لا يجوز الاتفاق على إعفاء الوسيط السمسار من ضمان هذه المخاطر المادة 6 فقرة 3 قانون حماية المستهلك نصت على انه" يعتبر لاغي كل شرط يقضى بعدم الضمان".

---

(139):د .كنور عبد الرشيد مأمون المرجع السابق ص186

والتزام الوسيط السمسار بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء وبطريقة استخدامه إنما يفرضه عليه الالتزام بالسلامة أو بالأمان المقرر أصلا لمصلحة المستهلك، فبصفته تاجر محترف يفرض عليه هذا الاحتراف واجب العلم بهذه البيانات وواجب الإفضاء بها للعميل ، هذا الأخير الذي يجب عليه هو أيضا أن يفضي بها إلى ما يليه من المتدخلين في عملية عرض المنتوج للاستهلاك لكي يعلمها المستهلك في النهاية ويتجنب مخاطر المنتوج فإذا حدث وإن تضرر المستهلك من هذا المنتوج نتيجة الإخلال بواجب الإعلام بهذه البيانات كانت مسئولية جميع المتدخلين قائمة اتجاهه ومسؤولية الوسيط السمسار تكون مسئولية عقدية اتجاه العميل المتعاقد معه إذا كان المتضرر هذا الأخير .

وتكون مسئولية السمسار تقصيرية إذا كان المتضرر هو شخص آخر غير العميل.

ولقد نصت المادة12 من قانون حماية المستهلك على ذلك :(**إن إلزام المطابقة كما نصت عليه المادة3 من هذا القانون ووجوب الضمان والتجربة من أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتوج للاستهلاك حق للمستهلك ويكون للمتابع الحق في اتباع الطرق القانونية ضد كل المتدخلين أو بعضهم ، كل حسب مسئوليته الخاصة وفى حدود فعله.)**

و قد يتضرر المتعاقد الآخر الذي يتفاوض مع السمسار نتيجة قطع المفاوضات من طرف هذا الأخير بعد فترة طويلة تتابعت فيها بالشكل الذي أشعر الطرف الآخر أنها آيلة حتما إلى نتيجة يبرم العقد بها فهيأ لهذه النتيجة بعض ما تقتضيه , فاذا به يفاجأ بالوسيط السمسار يعدل عن المفاوضات فيأتي عدوله في غير توقيته وفي ظف يكشف التسرع والمباغتة أو الخفة فيكون هذا المسلك منه منطويا على الخطأ ومستوجبا المسئولية التقصيرية وليس العقدية فقدتعاقدت شركة أولى من طرف وسيط عامل باسمه من أجل شراء أجهزة آلية باهضة الثمن من مصنع أمريكي فذهب مندوب عن الشركة الى الولايات المتحدة الأمريكية لمعاينة الأجهزة وتكبد مصاريف لهذه الغاية فاذا بالطرف الوسيط يعدل عن بيع الأجهزة من الشركة التي تفاوضت معه و كان الطرف ذاته قد تعاقد قبل العدول مع الشركة ثانية منافسة باع منها جهازا آليا من النوع الذي تناوله التفاوض، وكان عقد البيع يحضر بالشركة الثانية حق شراء هذه الأجهزة من غيرها في مهلة محددة، فجاءت الشركة الأولى تقاضي طرف الوسيط بالعطل والضرر. فقررت محكمة استئناف كولمار(COLMAR)المسئولية على الطرف المدعى عليه ,وعند عرض القضية ذاتها على محكمة النقض قضت بتأييد قرارات محكمة الاستئناف التي حملت المدعى عليه المسئولية لانه عمد بالصورة المباغتة المنفردة ودون سبب مشروع إلى قطع التفاوض بعد أن بلغ شوطا متقدما كانت فيه الشركة المدعية تكبدت مصاريف كبيرة. وكان المدعى عليه من جانبه قد تركها في حالة من عدم الاستقرار طالة فلم يبلغها بحقيقة نواياه حتى اعلمها هاتفيا بقطع المفاوضات، فكان في سلوكه إخلال

بقواعد حسن النية التي تراعى العلاقات التجارية. (نقض تجارى فرنسي في 1972/03/20 في الأسبوع القانونى17043/1973).[140]

المبحث الثاني
في
التزامات الموسط (العميل)

عقد الوساطة من عقود المعاوضات كما سبق البيان ويترتب على ذلك نشوء التزامات متبادلة في ذمة طرفيه، فإلى جانب التزامات الوسيط السمسار. نجد التزامات في ذمة العميل الذي كلفه الوسيط السمسار بالبحث عن المتعاقد الآخر وهذه الالتزامات هي: دفع الأجرة أو كما تسمى اصطلاحا السمسرة أو العمولةوالالتزام برد بعض المصروفات التي أنفقها الوسيط السمسار إلى هذا الأخير، وبالتعويض في بعض الحالات نتيجة اخلاله بالتزماته اتجاه الوسيط السمسار.

ولذلك نتناول هذا الفصل في مبحثين :

المطلب الأول : الالتزام بدفع الأجرة أو العمولة

المطلب الثاني : التزام الموسط (العميل) برد بعض المصروفات والتعويض .

(140):أشار إليه الدكتور عاطف النقيب المرجع السابق ص235

المطلب الأول

الالتزام بدفع الأجرة أو العمولة

السمسار وسيط مكلف بالتوسط لإتمام صفقة بأجرة مستحقة بمقتضى اتفاق صريح أو ضمني، عند إبرام الصفقة.

ويتضح من هذا أن الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق العميل الموسط بمقتضى عقد الوساطة هو دفع الأجرة .ولكن لاستحقاق الوسيط السمسار للأجرة يجب أن تتوافر شروط معينة.

و لدراسة هذا الموضوع لابد من تحديد من هوالملتزم بدفع الأجرة للوسيط , ثم شروط استحقاق الأجرة , وصور تقديرها , و هذا في النقاط التالية كمايلي :

أولا : الملتزم بأجرة الوسيط السمسار

ثانيا : شروط استحقاق الأجرة

ثالثا : صور تقدير أجرة الوسيط السمسار

أولا: الملتزم بأجرة الوسيط السمسار:

يستحق الوسيط السمسار أجره دائما ممن فوضه من طرفي العقد الذي توسط في إبرامه فإذا صدر التفويض من الطرفين اعتبر كل منهما مسئولا قبل الوسيط السمسار في دفع الأجر المتفق عليه مع الوسيط السمسار دون قيام تضامن بينهما لعدم نشأة التزام كل منهما عن مصدر واحد ولو كان الطرفان اتفقا على تحمل أحدهما الأجر بكامله.(141)

ومن مبادئ الاجتهاد القضائي هو أن "**الأصل في أجر السمسار انه إنما يجب على من كلفه من طرفي العقد السعي في إتمام الصفقة، ولا يجب عليهما إلا إذا ثبت انهما ناطا به سويا هذا المسعى وذلك ما لم يقم اتفاق على غير ذلك.**

وإذا فمتى كانت الطاعنة قد تمسكت بأنها لم تكلف المطعون عليه الأول بوصفها راغبة في البيع بالسعي لإيجاد مشترى وإنما كان مكلفا من قبل راغب الشراء وانه تقدم لها

(141) : د . فايز نعيم رضوان المرجع السابق ص225 و د . الدكتور محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص666 وما نصت عليه المادة 198 من قانون التجارة المصري الجديد. و الدكتور مصطفي كمال طه الرجع السابق 305.

على هذا الاعتبار طالبا التصريح بمعانية المحل المراد بيعه فأذنت له بمقتضى التصريح المقدمين في الدعوى. وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى على الطاعنة بقيمة السمسرة التي طلبها المطعون عليه الأول ولم يحفل بالتحقق من أن الطاعنة كلفته السعي في الصفقة وإنما اعتبر التصريح له بمعانية المبيع كافية وحدها في الإثبات وهو استخلاص غير سائغ إذ ليس من شأن التصريح له من جانب البائع بمعاينة المبيع أن يفيد تكليفه كسمسار بالوساطة في البيع ومن ثم يكون الحكم قاصر على التسبيب في هذا الخصوص قصورا يستوجب نقضه". والطعن رقم 339سنه 200ق جلسة1953/06/18 مج5 عاما بندنا ص 681. [142]

وإذا كان الوسيط السمسار مكلفا من جانب عده أشخاص مالكين لعقار على الشيوع مثلا بالبحث عن مشترى أو مستأجر لهذا العقار، فان هؤلاء الأشخاص يلتزمون بدفع الأجر السمسار ويكونوا مسئولين بالتضامن فيما بينهم عن دفع أجر السمسار لوحدة سبب التزامهم ما لم يتم الاتفاق على أن يتحمل واحد منهم فقط عبء دفع أجر السمسار.[143]

ومن الاجتهاد القضائي الفرنسي ما يلي:

« l"obligation essentielle à la charge du donneur d"ordre est de payer au courtier la rémunération convenue .Cette rémunération porte le nom de courtage.Comme le contrat lui même elle est , en général due par les deux parties, puisque le service rendue par le courtier l"a été à l'une et à l'autre , mais peut être stipulé quelle sera payé par le donneur d"ordre qui a sollicité l"intervention du courtier , le rôle du courtier n"etant en principe ,lui de rapprocher les parties qui désirent ontacter le courtage lui est due dés que celle-ci ont conclue contrat peu importe le sort ultérieur de ce contrat .notamment le fait qu'il ne reçoivent pas l'exécution ,mais si le courtier est responsable de cette inexécution , le droit de courtage ne lui est pas due .par ailleurs la convention demeure toujours possible d'après laquelle le courtier n'aura droit au paiement de sa rémunération qu'après exécution effective du contrat passé grace à son intervention »

([142]) : أحمد حسين المرجع السابق ص223

([143]): فايز نعيم رضوان المرجع السابق ص226 واقد نصت المادة 205 قانون التجارة المصري الجديد .

د. محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص622.

Lyon 8 mars 1934 rec.goz.pal.1934.1.920.DALLOZ d .com.t.i. page 666 n26. (144)

وفى الفقه الإسلامي ورد للفقهاء ثلاث أقوال:

القول الأول: وهو مذهب الملكية فعندهم ان المعتبر في أجر السمسار هو شرط أو العرف فان وجد شرط أو عرف بأنها على البائع أو على المشترى أو عليهما معا عمل به وان لم يكن شرط ولا عرف فهي على البائع.
جاء في حاشية الدسوقي على شرح الكبير " وأعلم أن الأصل في جعل السمسار أن يكون على البائع عند عدم الشرط أو العرف ".(145)

القول الثاني: أن السمسار إذا اقتصر عمله على السعي بينهما فحسب دون ان يتولى العقد بنفسه وباع المالك بنفسه فيعتبر العرف في تحديد من تجب عليه أجرة السمسار .أما إذا تولى السمسار عقد البيع بنفسه. فان الأجرة تكون على البائع وليس له على المشترى أجرة هذا مذهب الحنفية.

القول الثالث : فيذهب إلى أن أجرة السمسار تكون على البائع في كل الأحوال فلا يجوز أشترطها على المشترى فإذا وقع هذا الشرط فسد العقد وهذا قول بعض الشافعية. (146)

ولما كان القانون التجاري الجزائري يخلو من نصوص تنظم أحكام عقد السمسار فان المعمول عليه في تحديد من تجب عليه أجرة السمسار هو الشرط فان لم يوجد شرط فالعرف أن وجد فان لم يوجد شرط و لا عرف تكون الأجرة على من وسطه منهما ، فان وسطاه معا كانت بينهما. غير أنه جرى العمل في بعض المعاملات المالية التي يتدخل فيها الوسيط السمسار أن تكون الأجرة مناصفة بين المتعاقدين ولو كان الوسيط السمسار مكلفا من أحدهما فحسب.

---

(144) : أشار اليه المحامي هاري أدوار نجيم المرجع السابق ص118

(145): الدكتور عبد الرحمان بن صالح الاطرم المرجع السابق ص380

(146):الدكتور عبد الرحمان بن صالح الاطرم المرجع السابق ص381

ثانيا: شروط استحقاق الأجرة:

لتحقق التزام العميل بدفع الأجرة أو العمولة للوسيط السمسار لا بد من وجود أولا تكليف من العميل للوسيط السمسار، ثم أن يتم العقد موضوع الوساطة وان يتم هذا بسبب وساطة السمسار أي بسبب مساعي هذا الأخير:

1 : صدور تكليف بالوساطة من العميل[147] :

ومقتضى هذا الشرط هو وجوب إثبات عقد الوساطة أولا وهذا عبء يقع على عاتق الدائن المطالب بعمولة وهو الوسيط السمسار إذ على الدائن إثبات الالتزامات وفقا للمادة323 مدني.

ويخضع الإثبات في هذه المادة للقواعد المقررة في المادة333 مدني، فإذا كانت الوساطة تجارية بالنسبة للعميل والوسيط السمسار، جاز لهذا الأخير إقامتها بكل الطرق الإثبات لان العميل تاجر. أما إذا كانت الوساطة مدنية للعميل فلا يجوز إثبات التفويض أو التكليف إلا بالكتابة. إذا تجاوزت قيمة العمولة أو الأجرة المدعى بها مبلغ ألف دينار جزائري. مع جواز الإثبات ما يقوم مقام الكتابة كالإقرار أو اليمين على أن هذه القاعدة ليست من النظام العام, فلا يجوز للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها وإنما للمدين المدعى عليه وحده الحق في رفض الإثبات بالبينة أو قبول الإثبات بالبينة صراحة أو ضمنا, على انه إذا وجد مانع حال دون الكتابة فانه يجوز إثبات عقد الوساطة في مواجهة العميل غير التاجر بالبينة أو إذا فقد الوسيط السمسار سنده الكتابي بسبب أجنبي خارج عن إرادته المادة 336 مدني أو إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة المادة 335 مدني كخطاب صادر من العميل إلى السمسار إذ يجوز عندها تكملة هذا الدليل بالبينة فتحال الدعوى على التحقيق لسماع أقوال الشهود ويترتب على ذلك انه إذا قام السمسار بالسعي في إبرام الصفقات من تلقاء نفسه، وبدون تفويض صريح أو ضمني من العميل فلا يستحق أجرة ولو أدت جهوده إلى إبرام العقد.[148]

([147]):الدكتور مختار أحمد بريري المرجع السابق ص128 و الدكتور علي البارودي المرجع السابق ص90، 91، 92. و الدكتور أكثم الخولي المرجع السابق ص172 و 173.و الدكتور سمير جميل حسن الفتلاوي المرجع السابق ص471.

([148]): الدكتور مختار أحمد بريري المرجع السابق ص128 و الدكتور موريس صادق المرجع السابق ص362

وإذا كان التفويض لأجل محدود لم ينجز خلاله الوسيط السمسار مهامه ، فلا يستطيع المطالبة بالأجر و إن استمر في عمله بعد انقضاء الأجل حتى تمت الصفقة إذ يعتبر عندئذ في مركز السمسار الذي يعمل دون تفويض.(149)

وفى الفقه الإسلامي جاء في كتاب آداب القضاء (دلال باع ضيعة فقال الآمر: بعتها بغير أجرة ،قال الدلال: بأجرة، وهو يعرف ببيع أشياء الناس ويأخذ على ذلك أجرة وجب له المثل). (واقعات عمر) .(150)

2 : أن يتم العقد موضوع الوساطة:

الأجر هو المقابل لما يبذله الوسيط السمسار من جهد في سبيل أداء العمل المتوسط فيه ونجاحه فيه. ولذا يجب لاستحقاق الوسيط السمسار للأجر أن ينجح السمسار في مهمته كما يحددها العقد. وان يكون إبرام الصفقات نتيجة مباشرة لسعى السمسار. إلا أن السمسار يستحق أجره بمجرد إبرام العقد المتوسط فيه ولو لم يتم تنفيذه كله أو بعضه، ويترتب على ذلك انه إذا فسخ العقد بخطأ أحد المتعاقدين أو لاستحالة التنفيذ بسبب لاحق على انعقاده فان هذا لا يحول دون استحقاق الوسيط السمسار الأجرة كاملة.(151)

وإذا كان العقد معلقا على شرط واقف فان الوسيط السمسار لا يستحق الأداء إلا إذا تحقق هذا الشرط لان قبل تحقق الشرط لا يكون للعقد وجود.

أما ماعدا ذلك من إجراءات التي لا تحول دون وجود العقد فانه عدم إتمامها لا يحول دون استحقاق الوسيط أجرته، كالقيد في الرهن الرسمي مثلا.

أما إذا كانت الشكلية مشروطة لانعقاد العقد كالرسمية في بيع العقار والرهن الرسمي وبيع السفن ، فالسمسار لا يستحق الأجر إلا إذا تم الشكل الذي يتطلبه القانون، إذ لا وجود للعقد إلا بتمام هذا الإجراء.

---

(149): الدكتور موريس صادق المرجع السابق ص363 و الدكتور جلال وفاء محمدين المرجع السابق ص276 و الدكتور مختار أحمد بريري المرجع السابق ص129

(150):كتاب آداب القضاء تأليف الإمام أبي عباس شمس الدين أحمد ابن ابراهيم بن عبد الغاني السروجي تحقيق ودراسة شيخ شمس العارفين صديقي بن محمد ياسين رسالة ماجستير كلية 1988 صفحة 18 –علوم الش2 ريعة والدراسات الإسلامية مكة المكرمة طبعة عام 1408

(151): الدكتور محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص652
George Ripert ; traite élémentaire de droit commerciale ; édition 1970 P 244 Dalloz D.Com .T.I. Page 669 N° 61

غير انه إذا أثبت الوسيط السمسار أن المتعاقدين تعمدا عدم استيفاء هذا الإجراء لحرمانه من أجره، وجب الحكم له بالأجر بوصفه تعويضا عن الضرر الذي لحقه.[152]

غير انه إذا كان العقد معلقا على شرط فاسخ. فان هذا الشرط لا يحول دون وجود العقد فعلا الا انه يكون مهددا بالزوال إذا تحقق الشرط الفاسخ.

ولذلك يستحق الوسيط السمسار الأجر عند إبرام هذا العقد، غير انه إذا تحقق الشرط الفاسخ. كان من أثر تحققه هو زوال العقد، ومن ثم تزول جميع أثاره بأثر رجعي، وهو ما يترتب عنه وجوب رد الوسيط السمسار ما حصل عليه من أجر.

وإذا زال العقد بسبب بطلانه أو إبطاله فالأصل أن الوسيط السمسار لا يستحق الأجر، ويلزم برده إذا كان قد قبضه لانه يفترض فيه العلم بأسباب البطلان أو الإبطال فكان عليه أن يعلم العميل بذلك كما يعلم المتعاقد الآخر أيضا بذلك، وهذا ما يفرضه عليه واجب حسن النية في المعاملات ويفترض فيه العلم لانه في الأصل تاجرا محترفا، بل لا يكتفي برد الأجر بل وبتعويض العميل عن الضرر الذي أصابه عن هذا البطلان.[153]

ولقد أقرت محكمة النقض المصرية هذا الشرط في العديد من الأحكام.

في الطعن رقم 61 سنه 32ق جلسة 1967/11/13 من18ص1649 جاء فيه:

"لا يستحق السمسار أجره إلا عند نجاح وساطته بإبرام الصفقة فعلا على يديه، ولا يكفى لاستحقاق هذا الأجر مجرد إفادة كل من الطرفين بوجود الآخر".

وجاء في قرار آخر انه **(متى تمت الصفقة نتيجة لسعي السمسار ووساطته فانه لا يحول دون استحقاقه للأجر، أن يفسخ العقد الخاص بالصفقة أو يبطل فيما بعد بسبب كان السمسار يجهله وقت العقد أو طرأ بعد إتمامه)**. (طعن رقم4 سنه 15ق جلسة1945/06/27 مج25 عاما باند1ص681).[154]

ومن الاجتهاد الفرنسي بهذا الخصوص ما يلي:

([152]): د . موريس صادق المرجع السابق ص364 و الدكتور محسن شفيق المرجع السابق ص 58. و عكس هذا الرأي هناك رأي يذهب إلى أنه في هذه الحالة يستحق السمسار أجرته إذا لم تتم الشكلية لأن دوره هو التوفيق بين المتعاقدين و الوصول بهما إلى مرحلة تلاقي العروض تلاقيا كاملا (الدكتور علي البارودي المرجع السابق ص 92 و الدكتور أكثم الخولي المرجع السابق ص 177

([153]):د .موريس صادق المرجع السابق ص364-365 و يذهب البعض إلى أنه حتى في حالة تحقق الشرط الفاسخ لا يلزم السمسار برد الأجرة لأنه أدى مهمته (د أكثم الخولي المرجع السابق ص 177 و د علي البارودي المرجع السابق ص 93).

([154]):د .أحمد حسن المرجع السابق ص223-224 وقد نصت على هذا الشرط المادة 194 من قانون التجارة الجديد المصري صادر في سنة 1999 . الدكتور محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص651.

« la rémunération ,lui porte le nom de courtage, est due dés que les parties que le courtier a mis en rapports , ont conclu le contrat » trib .com .le havre.9dec.1952.rec.gaz.pal [155]

وفي الفقه الإسلامي اختلف الفقهاء في بيان ما تجب به الأجره، هل تجب بالعقد أو باستقاء العمل وذلك على التفصيل التالي:

أولا: إن كانت الوساطة جائزة وهى المقدرة بالعمل فان حكم الأجرة فيها كحكم الجعل في الجعالة لا تجب إلا بتمام العمل. وفى المغني لابن قدامه قال أثناء كلامه عن الوكالة بجعل: **(وان وكل في بيع أو شراء استحق الأجر إذا عمله).**

وهذا ما أجمع عليه الفقهاء فالجعل لا يستحق الإتمام العمل. ولا يجب قبل ذلك وقال الملكية والشافعية وان ا شترط تعجيل الجعل فسدت.[156]

ثانيا: أما إذا كانت الوساطة لازمة وهى المقدرة بالزمن فان حكم الأجرة فيها كحكم الأجرة في عقد الإيجار فإذا وجد شرط بتعجيل الأجر أو تأجيله أو تقسيطه عمل به. وإن لم يكن شرط ، وأطلق العقد فقد اختلف الفقهاء في المسألة هل تجب الأجرة بالعقد وتملك به ، أم لا تجب ألا بتمام العمل :

القول الأول: أن الأجرة تجب بالعقد:

وهذا مذهب الشافعية والحنابلة.

جاء في المغني لابن قدامه (أن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد إذا أطلق ولم يشترط المستأجر، كما يملك البائع الثمن بالبيع، وبها قال الشافعية).[157]

فأصحاب هذا الرأي استدلوا في ذلك على القياس فقاسوا الأجرة بالثمن في البيع إذ يستحق بمجرد العقد عند إطلاق ذكره فيه. كما قاسوا الأجرة على المنفعة في كون المستأجر يملكها بمجرد العقد, إذ كلاهما عوض وان الأجرة عوض في العقد يتعجل بالشرط فوجب ان يتعجل بمطلق العقد هذا بالنسبة لوقت الوجوب ووقت تمليك الأجرة.

([155]): أشار إليه المحامي هاري إدوار نجيم السمسرة والسمسار بيروت 1985 ص105

([156]):د .عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ص361

([157]):د .عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ص361

أما بالنسبة لوقت تسليم الأجرة واستقرارها فالشافعية يقولون بوجوب تسليم الأجرة بتسليم العين أن كانت الأجرة واردة على عين الأجير وتستقر باستيفاء المنفعة أو بمضي المدة إن لم تؤجل فان أجلت لم تجب بذلها حتى تحل.[158]

أما إن كانت الإجارة واردة على الذمة (أي أن العمل دين في ذمة المستأجر). فانه يجب تسليم الأجرة بالعقد، ولا يجوز تأجيلها وتستقر باستيفاء المنفعة، لان المعقود عليه (العمل) في الذمة، فلا يستقر بدله من غير استيفاء.[159]

أما إذا كانت الأجرة عينا أو شيئا حاضرا فلا يجوز تأجيلها.[160]

أما الحنابلة فان الأجرة تسلم بتسليم العمل الذي هو في ذمة المستأجر، ولا يجب تسليمها قبله، لأن الأجير إنما يوفى أجره إذا قضى عمله، ولان الأجر عوض فلا يستحق تسليمه ألا مع تسليم المعوض، فالإجارة في الذمة (إجارة أعمال) تختلف عن الإجارة الواردة على العين في وقت الاستحقاق والتسليم فالأجرة تستحق بتسليم العين لان بتسليم العين يجرى تسليم المنفعة أما الأجرة في الإجارة الواردة على الذمة (أي عمل العميل) فان الأجرة لا تسلم إلا بعد أداء العمل، لان العمل مازال في الذمة لأنه لم يؤد بعد ذلك لم يحصل على تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها.[161]

القول الثاني: أن الأجرة لا تجب بالعقد ولا تملك به :

وهذا مذهب الحنفية والملكية: قال ابن أبو قدامه (قال مالك وأبو حنيفة لا يملكها بالعقد).

الأجرة تجب بالفراغ عن العمل إذا كانت إجارة على العمل جاء في الشرح الكبير (و أما الصانع والأجير فليس لهما أجرة إلا بعد تمام) .[162]

وأدلتهم في ذلك قوله تعالى: "فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن": فأمر عز وجل بإعطاء الأجرة بعد حصول العمل وهو الإرضاع فدل على انه وقت الوجوب و كما استدلوا بالحديث الشريف قوله عليه الصلاة والسلام " ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم

---

(158):د .عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ص362

(159):د .عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ص362

(160): د .عبد الناصر توفيق العطار . نظرية الأجل في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية . مطبعة السعادة 1978 صفحة 168.

(161):الدكتور.عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ص363

(162):الشرح الكبير لحاشية الدسوقي أشار إليه الدكتور عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ص363-364-365

غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ثمنه ولم يعطه أجره ". رواه البخاري.

فالثالث هو الذي امتنع عن دفع الأجر بعد العمل فدل على انه حالة الوجوب وكما استدلوا على ذلك يكون العقد معاوضة فمن مقتضى التراخي في أداء المنفعة التراخي في بدل المنفعة وهو الأجر للمؤجر. فإذا استوفى المستأجر يثبت الملك في الأجر للمؤجر([163]).

3- أن يكون إبرام العقد نتيجة مباشرة لجهود السمسار:

فإذا كان السمسار مفوضا من طرف العميل بالبحث عن المتعاقد الآخر ونجح في إيجاد هذا الشخص ولكن المفاوضات بينهما فاشلة فان الوسيط السمسار لا يستحق العمولة، حتى ولو تم العقد في وقت لاحق نتيجة لمساعي أحد الطرفين دون تدخل السمسار بعد زوال الظروف التي عاقت إبرام العقد عند تدخل السمسار الوسيط، إلا إذا ثبت وجود غش من جانب الأطراف للتهرب من دفع العمولة للوسيط السمسار وأن بحث مسألة العلاقة السببية بين مساعي السمسار وإبرام العقد يخضع لتقدير القاضي دون رقابة من المحكمة العليا لأنها مسألة واقع.

وفى الفقه الإسلامي يذهب المالكية أنه إن عمل الدلال الأول في الوساطة، لكن لم يتم العقد عن طريقه، وإنما تم بسبب مالكها أو دلال آخر فإن الأول يستحق ،أجرا أن انتفع الآخر بتسويق الأول وإلا فلا يستحق أجرا. كما انه يستحق الأجر إذا وجد ما يدل على ارادة حرمانه. وأما الحنفية والحنابلة فعندهم قولان الأول انه لا يستحق شيئا والثاني انه يستحق بقدر عنائه وتعبه. [164]

ثالثا: صور تقدير أجرة الوسيط السمسار:

تتحدد أجرة الوسيط السمسار في الأصل حسب الاتفاق , كما قد يكون نسبه مئوية من قيمة العقد يحصل عليها، وقد تكون هذه النسبة المئوية أو الأجرة محددة في القانون فإذا لم يعين أجر الوسيط السمسار في القانون أو الاتفاق فيجب الرجوع إلى العرف لتحديد أجره وهو عرف المكان الذي يتم فيه التوسط. فإذا لم يكن محددا لا في القانون ولا في الاتفاق ولا في العرف. فان القاضي هو الذي يقدره أخذا بعين الاعتبار قيمة الصفقة التي توسط فيها السمسار ومدى المجهود الذي بذله، وما أضاعه من وقت في القيام بالعمل المكلف به.[165]

([163]) : الدكتور عبد الرحمن بن صالح الأطرم المرجع السابق ص 365، 365. و فتح الباري للإمام الحافظ بن حجر العسقلاني الجزء الرابع دار الحديث القاهرة الطبعة الأولى 1419هـ ص 549.باب إثم من منع أجر الأجير.

([164]): تفصيل ذلك الدكتور : عبد الرحمان بن صالح الأطرم, المرجع السابق ص369

([165]): الدكتور فايز نعيم رضوان المرجع السابق ص227 و د.محمد سمير الشرقاوي المرجع السابق ص79

ولقد اعتبرت محكمة النقض المصرية السمسار وكيل وهو ما سبق ذكره ولذلك جاء فى حكم لها بخصوص تقدير أجر السمسار أن: "**السمسار وكيل في عقد الصفقات، وطبقا للقواعد المتبعة في عقد الوكالة، يتولى قاضي الموضوع تقدير أجر الوكيل في حالة عدم الاتفاق مستعينا في ذلك بأهمية العمل وما يقتضيه من جهد بذله الوكيل وبما جرى عليه العرف في هذه الحالة.**

ولما كان يبين من حكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن المحكمة في حدود سلطتها الموضوعية قدرت للمطعون عليه الأول أجر عن وساطته بنسبة 2/21 % من قيمة الصفقة وأبانت في حكمها أن هذا التقدير يتفق مع ما بذله من مجهود وأهمية الصفقة التي تمت ببيع الفيلا إلى السفارة السفياتية كما أنه يتفق مع العرف في هذا الشأن. لما كان في ذلك فان الحكم يكون قد التزم صحيح القانون".

(الطعن رقم539 سنة 39ق جلسة 1975/01/07 26 ص124)[166]

والأصل أن الوسيط السمسار ليس وكيلا عن العميل ولذلك فان أحكام عقد الوكالة لا تطبق في الأصل على عقد السمسرة ومن تم فان نص المادة 581 فقرة 2 المتعلق بحق القاضي في تقدير أجرة الوكيل لا يمكن تطبيقه على عقد السمسرة ومن ثم لا يجوز للقاضي تقدير أجرة السمسار باعتبار أن عقد السمسرة هو صورة خاصة لعقد المقاولة الذي يمنع فيه القاضي من التدخل في تقدير الأجر المتفق عليه للسمسار.[167]

ولكن محكمة النقض المصرية كانت[168] تخضع عقد الوساطة (السمسرة) لاحكام عقد الوكالة قبل التعديل الذي أدخل بموجبه المشرع المصري عقد السمسرة كعقد مسمى في القانون التجاري بالقانون رقم 17 سنه1999 وبعد صدور هذا القانون نصت المادة196 منه على انه: **(يجوز للمحكمة أن تخفض أجر السمسار إذا كان غير متناسب مع الجهد الذي بذله إلا إذا دفع الأجر المتفق عليه بعد إبرام العقد الذي توسط السمسار في إبرامه.)**

لكن ما دام انه لا يوجد نصوص خاصة تحكم عقد السمسرة في القانون الجزائري فانه لا يمكن تطبيق المادة2/581 لان هذا النص خاص بعقد الوكالة التي هي في الأصل على

([166]): د . أحمد حسني المرجع السابق ص61

([167]): د . مراد منير فهيم المرجع السابق ص61

([168]): د محمود سمير الشرقاوي المرجع السابق ص79-80

عكس السمسرة وان هذا النص جاء استثناء عن الأصل الذي هو وجوب احترام القوة الملزمة للعقد ومن ثم فلا يجوز القياس عليه.(169)

وفى الفقه الإسلامي يمكن أن تكون الأجرة بمبلغ معين قدرا ونوعا. كما يمكن أن تكون بالنسبة، اي نسبة من الثمن الذي تباع به السلعة مثلا. فإذا عمل الوسيط لغيره بإذنه دون ان يجرى بينهم تسمية أجرة وتم العمل فالقول الراجح عند الفقهاء هو أن الوسيط السمسار يستحق أجر المثل مطلقا ما دام انه عمل بإذن الموسط لأن العرف جرى أن العمل يقابل بالعوض.(170)

وقد يكون الاتفاق على أن تكون أجرة الوسيط السمسار بما زاد عن المسمى بالمتوسط فيه أو يكون بجزء مما زاد عن المسمى كأن يسمى الموسط ثمنا للمتوسط فيه ويجعل أجر الوسيط السمسار ما زاد عليها أو يجعلها جزءا مما زاد عن الثمن الذي سماه كأن يقول له بع هذه الدار بمليون دينار والباقي فما زاد فهو لك أو ما زاد فبيني وبينك.

قال أبو عباس: "**لا بأس أن يقول بع هذا الثوب، فإذا زاد على كذا وكذا فهو لك".**

وقال بن سرين: **إذا قال بعه بكذا فما كان من الربح فلك أو بيني وبينك فلا بأس به".**

وقال ابن حجر أن هذه الأجرة مجهولة ولذلك لم يجزها الجمهور وقالوا: إذا باع له على ذلك فله أجر مثله.(171)

التقادم المسقط لحقوق الوسيط السمسار في الأجرة:

التقادم المسقط prescription éxitinctive هو سبب من أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به أي أنه يؤدى إلى انقضاء الحق إذا لم يستعمله صاحبه خلال مدة معينة حددها القانون.(172)

---

(169):د محمود سمير الشرقاوي المرجع السابق ص 80 و د مراد منير فهيم المرجع السابق ص61 و د . مختار أحمد بريري المرجع السابق ص127 و د .حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص580

(170): راجع تفصيل ذلك الدكتور عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ص 342-343-335

(171): فتح الباري .شرح صحيح البخاري للإمام ابن حجر العيقلاني الجزء الرابع ص553 .راجع تفصيل ذلك د . عبد الرحمان بن صالح الأطرم المرجع السابق ص348و352

(172):د .أنطوان قسيس المرجع السابق ص 452 و د محمد شكري سرور موجز الأحكام العامة للالتزام طبعة الاولى سنة 1984-1985 دار الفكر العربي القاهرة ص334

والأصل ان الالتزام يتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة المادة 308من قانون المدني وذلك فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون.

ومن الاستثناءات التي أوردها القانون المدني هو تقادم حقوق بعض المهن الحرة منها حقوق السماسرة وذلك بمضي سنتين حيث نصت المادة 310 من القانون المدني على انه:

" تتقادم بسنتين حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين، والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة، والأساتذة والمعلمين بشرط أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل مهنتهم وعما تكابدوه من مصاريف".

وهذا التقادم يقوم على أساس قرينة الوفاء لان الغالب إلا يتراخى السماسرة في اقتضاء حقوقهم عنها لأكثر من سنتين، ويترتب على ذلك انه إذا تضمن موقف المدين العميل ما يتنافى وهذه القرينة، فانه لا يجوز له أن يتمسك بالتقادم كما لو بدأ أولا بإنكار الدين من أساسه.(173)

فلا يجوز بعد ذلك أن يقر بالدين مع أضافة واقعة أخرى لهذا الإقرار وهي واقعة التقادم المسقط، ذلك لان موقف المدين الأول وهو إنكار الدين أساسا يتنافى مع قرينة تقادم هذا الدين. فلا يجوز له إذن التمسك بقرينة الوفاء المستمدة من التقادم المسقط.

وعلى العكس من ذلك إذا أقر المدين بالدين أولا وأضاف له واقعة التقادم المسقط ففي هذه الحالة يسمى هذا الإقرار بالإقرار الموصوف. وقرينة التقادم في هذه الحالة يؤخذ بها ولا يجوز للدائن أن يجزئ هذا الإقرار بان يأخذ إقرار المدين بالدين ويستبعد الواقعة الأخرى التي هي واقعة التقادم، فاما أن يأخذ الإقرار كاملا بالواقعة المضافة إليه، و اما أن يتركه كله وفي هذه الحالة يجب عليه أن يقدم ما يثبت عكس قرينة الوفاء المستمدة من التقادم المسقط.

ولقد نصت على هذا الحكم المادة342 مدني.

"الإقرار حجة قاطعه على المقر. ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى."

ويبدأ سريان التقادم من الوقت الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء للسمسار المادة 315مدنى.

---

(173): د . محمد شكري سرور المرجع السابق ص340

على **انه "يبدأ سريان التقادم من الوقت الذي يتم فيه السمسار الوسيط تقديم خدماته ولو استمر في أداء خدمات أخرى" وقد نصت المادة313 فقره1 على هذا الحكم بنصها على انه: "يبدأ سريان التقادم المذكور في المادتين 309و310 (المادة 311 ذكرت خطأ) من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقديم خدماتهم ولو استمروا في أداء خدمات أخرى".**

ومثال ذلك السمسار الذي يكون اجره محددا على أساس كل وساطة على حدى فان حقه إذا استمر يكرر وساطته لعميل واحد في خصوص صفقة واحدة لا يعتبر قائما إلا من آخر وساطته. ومن ثم لا يبدأ سريان تقادمه إلا من هذا الوقت الذي أتم فيه وساطته الأخيرة أما إذا كان يتوسط للعميل في عدة صفقات على حدى فانه يكون كمن يتوسط لعدة عملاء حول صفقات مختلفة فانه ينظر إلى كل عملية انتهى منها على حدى ،و يعتبر حقه قائما ويبدأ سريان التقادم في خصوصه ولو كان لا يزال يتوسط لنفس لعميل في صفقات أخرى (174).

وإذا حرر سند بحق السمسار الوسيط فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة أي التقادم العادي, وتبرير ذلك هو أن المدين وهو العميل في مثل هذا الفرض لو كان قد أوفى حقيقة لكان قد اهتم بان يأخذ من الدائن السمسار مخالصة الوفاء. ما دام ان هذا الأخير قد سبق إلى اقتضاء سند مثبت لحقه في مواجهة المدين.

ولقد نصت على هذا الحكم المادة313 فقره الثانية من القانون المدني بنصها انه:

"إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم إلا بانقضاء خمسة عشرة سنه".

ولقد نصت المادة637 من امر76-80 المتضمن القانون البحري على انه:

(تتقادم كل دعوى ناشئة من العلاقات القائمة بين السمسار البحري ووكيله بانقضاء سنتين ابتداء من استحقاق الدين.)

وهذه المهلة الواردة في المادة 637من القانون البحري هي من المهل الناقصة من ذلك انه يجب على صاحب الحق الموضوعي أن يمارس حقه في الدعوى خلال سنتين من استحقاق الدين وإلا سقط حقه في استعمال حقه في الدعوى.

(174): في هذا المعنى الدكتور محمد شكري سرور المرجع السابق ص339

وتسمى هذه المهل أيضا بمهل الإسقاط أي تتعلق بإسقاط حق إجرائي إذ كثيرا ما يتطلب المشرع مباشرة بعض الحقوق الإجرائية خلال مهلة محددة وإلا سقط الحق في مباشرتها بعد ذلك كمهل الطعن في الأحكام مثلا والمهلة المقررة لرفع دعوى بطلب إبطال العقد المادة101 مدني وكذلك المهلة المنصوص عليها في المادة115 لإقامة دعوى المطالبة بالجائزة لمن وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين. فنصت الفقرة الأخيرة من المادة 115مدني على انه: " تسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال 6 أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور".[175]

المطلب الثاني

التزام الموسط (العميل) برد بعض المصروفات والتعويض

عمل الوساطة ليس بالأمر الهين, فمسألة البحث عن شخص يرغب في التعاقد – سواء كان هذا الشخص طبيعي أم معنوي – أمر ليس مستساغ بسهولة دائما , بل انه عمل يكبد الوسيط السمسار مصاريف غالبا ماتكون كبيرة . ولكن هل الوسيط السمسار يتحمل وحده دائما كل هذه المصاريف ,أم أن للعميل فيها نصيب ؟

ثم ما الموقف اذا كان الوسيط السمسار قد أنفق مصاريف كبيرة وبذل العناية المطلوبة و مع ذلك لم يتم العقد المتوسط فيه , وكان ذلك راجع الى عمل العميل , أو خطئه , ألا يستحق الوسيط السمسار تعويضا عن ذلك ؟

وعليه نتناول هذا المطلب في النقاط التالية :

أولا : التزام الموسط (العميل) برد بعض المصروفات
ثانيا: التزام الموسط العميل بالتعويض

(175): الدكتور أنطوان قسيس المرجع السابق ص449 و الدكتور أحمد هندي أصول المحاكمات المدنية التجارية الدار الجامعية 1989 ص264

أولا: التزام الموسط (العميل) برد بعض المصروفات:

الوسيط السمسار يتحمل عدة مصاريف أثناء قيامه بالعمل المتوسط فيه، خاصة في الصفقة الكبيرة فقد يقتضي الأمر الاستعانة بخبير في المعاينة لمحل الصفقة أو القيام بالنشر والأعلام في الجرائد للعثور على الطرف الآخر، أو الإشهار في الوسائل السمعية البصرية. فكل هذا يقتضي تكبد الوسيط السمسار بمصاريف هامة. والأصل أن السمسار تاجر يتحمل تكلفة مباشرة مهامه ويدخلها في تقدير عمولته فالمصاريف التي تكبدها تكون من مخاطر مباشرة مهامه غير أنه قد يتفق مع العميل على ان يرد له هذا الأخير كافة هذه المصروفات المتفق عليها ويكون هذا الاتفاق ملزم للعميل عندئذ.[176]

ويرى جانب آخر من الفقه ان الوسيط السمسار من حقه أن يسترد المصاريف التي أنفقها بناءا على تكليف العميل بالقيام بمهام معينة ومحدودة كسفر إلى مكان معين، يقيم به المتعاقد الآخر، أو الإعلان في الصحف، أو معاينة المبيع أو استخراج مستندات معينة ولو لم يتم العقد ولكن لا يجوز للسمسار أن يطالب العميل بالمصاريف التي أنفقها من تلقاء ذاته تقتضيها مباشرة مهنته (المصاريف العادية).[177]

ثانيا: التزام الموسط العميل بالتعويض:

قد يقوم السمسار الوسيط ببذل العناية المطلوبة لإنجاز العمل المتفق فيه ولكن العقد الذي توسط فيه لا يتم. ليس بسببه هو وإنما يرجع إلى العميل أو خطئه ففي هذه الحالة لا يمكن للسمسار المطالبة بالعمولة وهذا لعدم إبرام العقد باعتبار أن هذا شرط أساسي لاستحقاق الوسيط السمسار للأجر أو العمولة ولكن من حق هذا الوسيط المطالبة بالتعويض عما بذله من جهد وما تكبده من مصروفات تعد جزءا من التعويض المستحق للسمسار نتيجة لخطأ العميل أو تعنت منه.[178]

وإذا حدث أن تم إبرام العقد بعد الأجل الذي حدده العميل ولكن كان نتيجة لما بذله الوسيط السمسار من جهد فان هذا الأخير وان لم يكن له الحق في المطالبة بالأجر ألا أن له الحق في المطالبة بالتعويض عما بذله من جهد أفضى في النهاية إلى إبرام العقد وألا فان

([176]):د . مختار أحمد بريري المرجع السابق ص135

([177]):د .محمود محمد الشرقاوي المرجع السابق ص82 و د . حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص 585 و د.محمد شتا أبو السعد المرجع السابق 659-669 و الدكتور علي البارودي المرجع السابق ص94 ولكن نص المادة 199 من قانون التجارة المصري الجديد نصت على أنه لا يجوز للسمسار استيراد المصاريف التي أنفقها في تنفيذ العمل المكلف به إلا إذا اتفق على ذلك.

([178]): المحامي هاري إدوار نجيم السمسرة والسمسار ص182

العميل يثرى على حساب الوسيط السمسار دون سبب والغالب ان يحكم بتعويض مساو لمقدار العمولة التي كان يستحقها السمسار لو تمت الصفقة.(179)

وقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية انه:
"إذا اثبت السمسار أن عدم إتمام الصفقة يرجع إلى خطأ من وسطه رغم توصله إلى شخص قبل ابرام الصفقة بالشروط التي وصفها العميل وفي الأجل الدي حدده له فانه يحق للسمسار الرجوع على هدا العميل بالتعويض لاخلاله في تنفيد التزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد السمسرة ".

(الطعن رقم 601 سنة 45ت جلسة 1979/03/01 من 30 ع ص 476)(180)
وأساس المطالبة بالتعويض راجع إلى قيام المسئولية التعاقدية في جانب العميل الذي فوض السمسار أي لوجود خطأ تعاقدي من جانب العميل الملتزم بتنفيذ العقد بطريقه تتفق مع حسن النية. (181)

ويسند البعض أساس الحكم بالتعويض إلى المادة 2/582 مدني جزائرى2/715 مدني مصري التي تلزم الموكل بالتعويض عن الضرر الذي لحق الوكيل من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول وهذا في الوكالة باجر، غير أن البعض يسندها إلى نص المادة 1/566 مدني جزائري المادة1/663 مدني مصري المتعلقة بعقد (الوساطة) المقاولة التي تنص على انه: **"يمكن لرب العمل أن يتحال من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على ان يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو انه أتم العمل".(182)** وقد سبق القول أن عقد السمسرة هو نوع من عقود المقاولة

ولكن يمكن للوسيط السمسار الرجوع بالتعويض على من فوضه في حالة عدم تمام التعاقد بين الطرف الذي وسط السمسار والطرف الذي أحضره السمسار بسبب خطأ الطرفين وهو ما أقرته محكمة النقض المصرية.(نقض 1967/219، 18 ص334)(183)

(179):د . مختار أحمد بريري المرجع السابق ص136
(180): د . أحمد حسني المرجع السابق ص225
(181):د . حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص 583
(182):د . مراد منير فهيم المرجع السابق 64
(183):د.محمد شتا أبو السعد المرجع السابق 669

المبحث الثالث

في

انتهاء عقد الوساطة

المقصود بانتهاء عقد الوساطة هو زواله وانحلاله بعد أن انعقد صحيحا نافذا، وقبل ان يتم تنفيذه. ولذلك فنستبعد زوال عقد الوساطة بتنفيذ الالتزامات العقدية لان انقضاء الالتزامات العقدية لا يؤثر في كيان العقد ووجوده، وإنما يظل العقد قائما بالرغم من انقضاء جميع الالتزامات الناشئة عنه بطريق الوفاء إذ يبقى هذا العقد سندا لما ترتب عليه من الالتزامات ولصحة الوفاء بما يتم تنفيذه من هذه الالتزامات.[184]

كما نستبعد إبطال العقد، فهذا ليس طريقا من طرق انتهاء العقد الصحيح، وإنما هو جزاء يرد على انعدام شروط صحة العقد أي يرد على عقد غير موجود أصلا فلا محل للكلام عن زواله، فهو لم يوجد حتى يزول.

وطرق انتهاء عقد الوساطة أو انحلاله، هي تلك المقررة في القواعد العامه، فالعقد ينحل إما للأسباب التي قررها القانون أو باتفاق المتعاقدين والأسباب التي قررها القانون في القواعد العامة هي استحالة التنفيذ والفسخ لإخلال أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه عينا.

ونصت على الحالة الأولى المادة 307 مدني جزائري على انه : "ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا لسبب أجنبي عن إرادته".

ويترتب على استحالة تنفيذ العمل المعقود عليه على هذا النحو راجع إلى سبب أجنبي، أن تنقضي معه الالتزامات المقابلة، وينفسخ العقد بحكم القانون المادة 121 مدني. ألا أن المشرع قد نص على هذا السبب من أسباب الانقضاء في عقد المقاولة في المادة 567مدنى. فنصت على انه: "ينقضي عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه". ولا يعد هذا

---

(184): سليمان مرقس المرجع السابق ص268

النص إلا تطبيقا للقواعد العامة المذكورة. فإذا أثبتت الوسيط السمسار أن العمل المعهود إليه قد أصبح مستحيلا لسبب أجنبي، كأن تكون شخصيته محل اعتبار في التعاقد وأصيب بمرض يستحيل معه إنجاز العمل المتوسط فيه ينقضي التزام الوسيط باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي وينقضي التزام العميل المقابل له وينفسخ عقد الوساطة من تلقاء نفسه طبقا للمادة121 مدني ودون حاجة إلى صدور حكم يقضى بالفسخ وحتى إذا صدر حكم فانه يكون حكما مقررا لهذا الفسخ وليس منشئا له.

وإذا كان الوسيط السمسار قد بدء في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا على هذا النحو عن إتمامه لسبب خارج عن إرادته، فان الوسيط يستحق تعويضا وفقا للمادة570 فقره 3 مدني. واما الفسخ فهو طريق ينهي عقد الوساطة قبل تنفيذه، ويترتب نتيجة إخلال أحد المتعاقدين في تنفيذ التزاماتها التعاقدية طبقا لمادة 119 مدني. ولذلك لا داعي لدراسة هذا الطريق لان القواعد العامة هي التي تحكمه.

كما ينتهي عقد الوساطة باتفاق الطرفين وهو ما يسمى بالتقايل أو الإقالة، فيتفق الوسيط السمسار مع الموسط على ان يتحلل كل منهما من العقد بإرادتهما المشتركة. كما يتفقان في الغالب على اثر هذه الإقالة فإذا لم يتفقا فان قواعد الإثراء بلا سبب هي التي تتكفل بتسوية الحساب.[185]

ولقد نص المشرع على سببين خاصين بانتهاء عقد المقاولة وهما أولا تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة، و الثاني هو موت المقاول، فهما السببين الذي ينتهي بهما أيضا عقد الوساطة باعتباره نوع من عقود المقاولة. وبذلك ندرس هذين السببين في مطلبين اثنين كما يلي:

المطلب الأول: إنهاء عقد الوساطة بالا رادة المنفردة للموسط:

المطلب الثاني : موت الوسيط السمسار

([185]): د . السنهوري الوسيط الجزء السابع المجلد الاول ص240 وأيضا السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي المجلد الثاني الباب الثالث ص244-248

المطلب الأول

إنهاء عقد الوساطة بالإرادة المنفردة للموسط

لقد جعل القانون في بعض العقود لأحد المتعاقدين سلطة إنهاء العقد بالا راده المنفردة له كما جعل هذه السلطة في البعض الآخر من حق كل من المتعاقدين، ومن العقود التي جعل فيها هذا الحق في يد أحد المتعاقدين دون الآخر عقد المقاولة فلرب العمل ان يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من أعمال وما كان يستطيع كسبه لو انه أتم العمل.

ومن العقود التي جعل فيها المشرع هذا الحق لكل من المتعاقدين الوكالة إذ يجوز للموكل في أي وقت أن ينهى الوكالة، كما يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن التوكيل.[186]

المادة 587 قانون مدني.

وعقد الوساطة (السمسرة) هو حسب الرأي الغالب في الفقه نوع من عقود المقاولة ولذلك فان أحكام هذا العقد فيما يتعلق بطرق إنهائه هي التي تنطبق على عقد الوساطة.[187]

ونتناول هذا المطلب في ثلاث نقاط كمايلي :

أولا : الأساس القانوني لسلطة الموسط فى إنهاء عقد الوساطة بإرادته المنفردة

ثانيا : الشروط اللازمة لتوافر سلطة إنهاء الموسط لعقد الوساطة انفرادا

ثالثا: آثار التحلل من عقد الوساطة بالا راده المنفردة للوسيط.

أولا: الأساس القانوني لسلطة الموسط فى إنهاء عقد الوساطة بإرادته المنفردة:

لقد نصت المادة 566 من القانون المدني المقابل للمادة 663 مدني مصري على أن:

"يمكن لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على ان يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجز من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو انه أتم العمل.

([186]): د . السنهووي المرجع السابق ص188

([187]): راجع ما سبق شرحه في هذا المجال الالمبحث المتعلق بكيفية عقد الوساطة.

غير انه يجوز للمحكمة أن تخفض مبلغ التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر".

يتبين من هذا النص انه خرج عن القاعدة العامة إذ القاعدة العامة هي: "أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي قررها القانون". المادة 106 مدني. وإعمالا لهذه القاعدة العامة فانه لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يتحلل من العقد بإرادته المنفردة، فإذا فعل ذلك فانه يعد مخلا بالتزاماته التعاقدية. وجاز لمتعاقد الآخر إما أن يطالبه بالتنفيذ العيني للالتزام " إن كان هذا ممكنا واما بالتنفيذ بمقابل أي بالتعويض الذي هو جزاء قيام المسئولية العقدية. المادة 119مدنى و المادة 176 منه. ويكون هذا التعويض بما لحقه من خسارة وما فاته من كسب و هي القاعدة المقررة في القواعد العامة وأساسها هو رعاية مصلحة الطرفين فكل طرف له مصلحة في أن يتم تنفيذ العقد.

غير انه لما كانت طبيعة عقد المقاولة تأبى أن تكون من مصلحة المقاول في تنفيذ العقد عينا وإنما من مصلحته الحصول على التعويض غير أن مصلحة رب العمل في بعض الحالات هي عدم تنفيذ العقد ،فقد خول المشرع لهذا الأخير سلطة إنهاء عقد المقاولة بإرادته المنفردة رعاية لهذه المصلحة ما دام أن حق المقاول في التعويض يبقى قائما وتراعى في تقديره حتى المصلحة الأدبية للمقاول في إتمام العمل.

ومصلحة رب العمل في عدم تنفيذ العقد عينا تظهر فيما لو كان العمل المطلوب أداؤه غير مجد لرب العمل أو أن الظروف التي أبرم فيها العقد قد تغيرت بحيث أن الاستمرار في تنفيذ عقد الوساطة قد يكلفه خسارة كبيرة أو انه قد أصيب بخسارة تجعله عاجزا عن الاستمرار في تنفيذ العقد. [188]وهذا هو أساس إنهاء عقد الوساطة بالإ رادة المنفردة للموسط أي العميل. و لقد أسس البعض هذه السلطة على المادة 587 مدني المتعلقة بسلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة بالأجر مقابل التزامه بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله و في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول[189] و لكن الرأي الراجح أن عقد السمسرة ليس عقد وكالة.

([188]): د السنهوري الوسيط الجزء 7 المجلد الاول ص242

([189]): الدكتور إدوار عيد المرجع السابق ص279 و بصدد إنهاء عقد الوكالة بالإرادة المنفردة للموكل الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن (مدى سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة بإرادته المنفردة المطبعة العربية الحديثة طبعة 1981

ثانيا: الشروط اللازمة لتوافر سلطة إنهاء الموسط لعقد الوساطة انفراديا:

1- ممارسة هذا الإنهاء من الموسط العميل المتمتع بالأهلية اللازمة: إن سلطة إنهاء عقد الوساطة انفراديا سلطة تثبت للموسط العميل وحده باعتباره هو رب العمل على انه يجوز له أن يوكل عنه غيره في إنهاء عقد الوساطة على ان يكون هذا التوكيل خاص بهذا الشأن.

ويشترط أن يكون الموسط العميل متوافر على الأهلية اللازمة بالنسبة لعقد الوساطة محل الإنهاء، سواء عند مباشرة سلطاته في الإنهاء أو عند توكيل غيره.

وقد سبق الحديث أن الوسيط قد يفوض من طرف عدت عملاء ففي هذه الحالة يلزم اتفاق جميع الموسطين العملاء لانهاء عقد الوساطة وهذا إذا كان محل عقد الوساطة وهو العمل غير قابل للانقسام، ويكون المحل غير قابل للانقسام إذا كانت مصالح الموسطين المتعددين مشتركة بحيث يستحيل معه قيام الوسيط بأي عمل يحقق به مصلحة الموسطين الآخرين إذا أعطى أحد الموسطين سلطة الإنهاء فوحدة أن المحل تتعارض مع إمكانية قيام الوسيط السمسار بعمل لمصلحة بعض الموسطين دون غيرهم.[190]

أما إذا كان محل عقد الوساطة وهو العمل قابل للانقسام، فانه يجوز لكل موسط أن ينتهي عقد الوساطة في ما يخصه ويكون المحل قابلا لانقسام إذا كانت مصلحة الموسطين ليست مشتركة، بحيث إن إنهاء عقد الوساطة من جانب أحد الموسطين لا يؤثر على مصلحة الموسطين الأخيرين.

فقد سبق الكلام على انه يجوز أن يكون الوسيط السمسار مفوضا من طرفين من البائع والمشترى مثلا بحيث يفوضه الأول لبحث عن مشترى ويفوضه الثاني للبحث عن بائع، فإذا مارس الأول سلطته في الإنهاء لم يؤثر ذلك على إمكان مراعاة الوسيط بمصلحة الثاني في البحث له عن بائع وبالعكس.

2- ألا يكون العمل محل الوساطة قد تم :

لأنه إذا تم العمل صارت الوساطة لازمة للموسط فلا يجوز بعد ذلك الامتناع عن دفع العمولة للوسيط إذ في ذلك تحلل من الالتزامات العقدية بالا رادة المنفردة. وهذا لا يجوز متى كان الوفاء بهذا الالتزام لازما. فالحق في إنهاء عقد الوساطة يبقى قائما منذ البدء في العمل إلى ما قبل إتمامه، فإذا أتم الوسيط العمل واعذر العميل أن يتسلمه ينتهي حق هذا الأخير في إنهاء عقد الوساطة بعد هذا الاعذار.[(191)]

3- عدم وجود شرط يقضي بعدم جواز إنهاء العقد بالا رادة المنفردة للموسط :

([190]): الدكتور أحمد الهندي .ارتباط الدعاوى والطلبات في قانون المرافعات الدار الجامعية سنة 1991 ص 77 و الدكتور الانصاري حسين النيري, مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرفقات, دار الجامعة الجديدة للنشر, طبعة 1998, ص55

([191]): السنهوري المرجع السابق ص245

فحق الموسط العميل في إنهاء عقد الوساطة بالا رادة المنفردة ليس من النظام العام فنص المادة 566 مدني هو مكمل وليس نصا آمرا، ومن ثم يجوز الاتفاق على مخالفته فيجوز الاتفاق على استبعاد تطبيقه، ويجب أن يكون هذا الاتفاق صريحا، ذلك أن خلو العقد من هذا الشرط معناه بقاء حق الوسيط في إنهاء عقد الوساطة بإرادته المنفردة.

وقد يحصل الاتفاق على بقاء هذه السلطة للموسط مع إعفاءه من دفع أي تعويض للوسيط أو دون ان يدفع تعويضا كاملا بل يقتصر على دفع ما أثرى بلا سبب على حساب الوسيط.(192)

4- ألا تقوم أية مسئولية عقدية اتجاه الوسيط السمسار:

ذلك أنه إذا قامت مسئولية الوسيط السمسار نتيجة إخلاله بتنفيذ العمل المتوسط فيه، فان حق الموسط العميل لا يكون في إنهاء عقد الوساطة بإرادته المنفردة وإنما يكون حقه في فسخ العقد، وواضح جليا الفرق بين الطريقين، فالأول يلزم الموسط العميل بدفع التعويضات للوسيط، في حين أن الثاني يلزم الوسيط بدفع التعويضات للموسط عن الضرر الناتج عن أخلاله فى تنفيذ التزامه، هذا دون الإخلال بحق الموسط في المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام والتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب خطأ الوسيط. المادة 119 مدني.(193)

ثالثا: آثار التحلل من عقد الوساطة بالا رادة المنفردة للموسط

ما يترتب على ممارسة الموسط لحقه في إنهاء عقد الوساطة بالا رادة المنفردة هو:

أولا : انتهاء عقد الوساطة فلا يعود كل طرف ملزما بما التزم به في العقد، فلا يلزم الموسط بدفع الأجرة ولا يلزم الوسيط السمسار بأداء العمل.

ثانيا : التزم الموسط العميل بتعويض الوسيط السمسار عن جميع ما أنفقه من المصروفات مهما كان أهميتها، كما يلتزم بتعويض الوسيط السمسار عما أنجزه من الأعمال فقد يتوصل الطرفان الموسط العميل والمتعاقد الآخر إلى اتفاق جزئي كان الوسيط هو السبب في حصوله, فإذا فسخ الموسط العميل عقد الوساطة وجب عليه أن يعوض الوسيط السمسار عما كان سببا في حصول الاتفاق عليه. وهذا يعد تعويضا ولا يعد جزءا من الأجرة، لان الأجر أما انه يستحق كاملا أولا يستحق, ويستحق كاملا إلا عندما يتم العمل محل عقد الوساطة, أما إذا كان العقد قد انتهى قبل إنجاز كل هذا العمل فالوسيط لا يستحق معه الا التعويض.

(192): د. السنهوري المرجع السابق ص247

(193): د. السنهوري المرجع السابق ص246

على انه إذا استمر في إنجاز العمل بعد إخطاره بالتحلل من العقد، فانه لا يستحق التعويض عما أنجزه بعد هذا الأخطار إلا على أساس الإثراء بلا سبب، أي بأقل القيمتين ما تكبده من مصروفات وماعدا من نفع على الموسط العميل.

كما يلتزم الموسط العميل بتعويض السمسار عما كان يستطيع كسبه لو انه أتم العمل، وهذا أيضا يعد تعويضا وليس أجرة يدفعها للوسيط لان الأجرة كما سبق لا تستحق إلا بإتمام العمل، ولذلك يجوز للمحكمة تخفيض مبلغ التعويض عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا. [194]

وفى الفقه الإسلامي فان الوساطة اللازمة لا يجوز لأحد منهما سوءا الوسيط أم الموسط فسخها ابتداء بإرادته المنفردة. فإذا فسخها الموسط قبل انتهاء مده لزمته أجرة الوسيط، وإذا أراد الوسيط فسخها الزم بالاستمرار في العمل.

وهذا لأنها من أجارة الأعمال وهذا هو حكم الإيجار.على انه لو رضي الطرف الآخر بالفسخ صح ذلك ويكون ذلك من باب الإقالة. أي الفسخ الإتفاقي.

أما الوساطة الجائزة فيجوز أي من الطرفين فسخها بإرادته المنفردة قبل الشروع في العمل. أما بعد الشروع في العمل ، فان كان الفسخ من جهة الوسيط جاز وان كان الفسخ من جهة الموسط فمحل خلاف.

فقول من الشافعية والحنابلة أن للموسط والوسيط حق الفسخ مطلقا سواء قبل الشروع في العمل أو بعده ما لم يتم العمل لأنها عقد جائز وليس لازم.

وأما القول الثاني فهو قول للمالكية فيكون للوسيط والموسط فسخ العقد قبل الشروع في العمل أما بعد الشروع في العمل فيحق الفسخ للوسيط دون الموسط. إذ بعد الشروع في العمل لزمت الموسط فلا يحق له الفسخ حتى لا يبطل عمل الوسيط والقول الثاني للمالكية أنه تلزم الأجرة بمجرد العقد للموسط سواء شرع الوسيط في العمل أم لا.[195]

([194]):د. السنهوري المرجع السابق ص250الى253

([195]): راجع تفصيل ذلك د . عبد الرحمان بن صالح الاطرم المرجع السابق ص404

المطلب الثاني
انتهاء الوساطة بموت الوسيط السمسار

نصت المادة 569 مدني على انه:" **ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد، وان كان الأمر خلاف ذلك فان العقد لا ينتهي تلقائيا ولا يجوز لرب العمل، العميل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة566 إلا إذا لم تتوافر في ورثة المقاولة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل".**[196]

ولذلك فان عقد الوساطة (السمسرة) باعتباره نوع من عقود المقاولة كما سبق ينقضي بموت الوسيط، ولا ينتهي بموت الموسط العميل الذي هو رب العمل ذلك لان شخصية العميل الموسط ليست محل اعتبار في عقد الوساطة.

فتطبق بخصوص وفاة هذا الأخير القواعد العامة والتي ترمى إلى بقاء العقد منتجا لآثاره القانونية التي تنصرف عندئذ إلى الورثة الخلف العام للموسط العميل فيحلون محله في جميع حقوقه والتزامات العميل طبقا للمادة 108 مدنى، على أن التزام الورثة بدفع الأجرة للوسيط يكون في حدود أموال التركة على أن لهم الحق في ممارسات سلطة إنهاء عقد الوساطة بإرادتهم المنفردة طبقا للمادة 566 مدني مقابل دفع التعويضات المنصوص عليها للوسيط. ولكن يشترط أن يصدر قرار الإنهاء ممن يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع (التركة) على أن يكون ذلك مستندا إلى أسباب قوية. كما يتعين إعلان باقي الورثة بهذا القرار، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحاكمة خلال شهرين من وقت الإعلان المادة 717 مدني. [197] ونتناول هذا المطلب في النقاط التالية :

أولا: شروط انقضاء عقد الوساطة بموت الوسيط.

ثانيا : آثار انتهاء الوساطة بموت الوسيط

أولا: شروط انتهاء عقد الوساطة بموت الوسيط:

يتشرط لانقضاء عقد الوساطة بموت الوسيط أن تكون شخصية هذا الأخير محل اعتبار في التعاقد وهو ما أكدته المادة 596 مدني. وتعتبر شخصية الوسيط محل اعتبار غالبا عند التوسط لإتمام صفقات كبيرة وأجراء عملية المفاوضات بين الموسط والمتعاقد الآخر خاصة في عقود نقل التكنولوجيا وعقد التجارة الدولية عامة، إذ أن الوسيط في الغالب يكون

([196]): ورد خطأ في نص المادة 569 مدني لأنه أحال خطأ إلى المادة 552 فقرة ثانية التي لا علاقة لها بالموضوع والصحيح أن الاحالة المقصودة هي على نص المادة 566مدني ونص المادة 569 يقابل لنص المادة 666 مدني مصري.

([197]): الدكتور السنهوري المرجع السابق ص 256

شخص مختار من طرف الموسط العميل نظرا لتجربته وخبرته الفنية وكفاءته العلمية إضافة إلى أمانته وسمعته وتخصصه. ولذلك فان أي متخصص من هذا القبيل تكون شخصيته محل اعتبار عند التعاقد.

وأما إذا لم تكن شخصية الوسيط محل اعتبار فان العقد لا ينتهي تلقائيا بل ينصرف إلى الورثة إلا إذا لم تتوافر لدى الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.

ولا تكون شخصية الوسيط السمسار محل اعتبار عادة في عقود الوساطة البسيطة التي يقتصر فيها دور الوسيط السمسار على البحث عن شخص يقبل التعاقد مع العميل دون ان يكون للوسيط أي دور في المفاوضات التي تجرى بين الطرفين. مثلا في الوكالة العقارية التي يقصر دون السمسار فيها على البحث للبائع على المشترى والبحث للمشترى عن بائع.

وفى هذه الحال لا بد من طلب الفسخ إذ العقد لا ينفسخ تلقائيا والحكم الذي يصدر يصدر منشئا للفسخ وليست مقررا له.

ثانيا: آثار انتهاء الوساطة بموت الوسيط:

نصت المادة 570 مدني على انه: **"إذا انقضى العقد بموت المقاول وجب على رب العمل ان يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وأنفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات".**

ويخلص من ذلك انه لو مات الوسيط السمسار بعدما كان قد بدأ تنفيذ العمل فعلا بحيث أنه أنفق مصروفات وبذل جهدا ووقتا حتى أنجز جزءا من العمل أو مهد لإنجازه، فان الموسط العميل يكون ملزما بان يرد لورثة الوسيط أقل القيمتين، قيمة ما أنفقه الوسيط في تلك الأعمال، وقيمة ما أفاد به الموسط في هذه الأعمال وما فقا لقواعد الإثراء بلا سبب.(198)

وفى الفقه الإسلامي إن كانت الوساطة جائزة وهى غير المحددة المدة (بانتهاء العمل) فإنها تنفسخ بموت أحد العاقدين. أما إن كانت لازمه فان مات الوسيط وكانت شخصيته محل اعتبار آي واردة على عينه انفسخ لتعذر استيفاء المنفعة.

وان كانت شخصية الوسيط ليست محل اعتبار أي العقد متعلق بذمة الوسيط فقول يرى أنها لا تنفسخ بموت الوسيط وهذا مذهب المالكي والشافعية والحنابلة. وقول يرى بأنها تنفسخ بموت الوسيط وهذا مذهب الحنفية. أما إن كان الذي مات هو الموسط فقول يرى أنها لا تنفسخ، ويحل الورثة محله وهذا على اصح القولين عند المالكية، ومذهب الشافعية والحنابلة قياسا على موت المستأجر والقول الثاني أنها تنفسخ وهذا على قول الحنفية في فسخ الإجارة بالموت.(199)

(198):الدكتور السنهوري المرجع السابق ص 258

(199): تفصيل ذلك الدكتور عبد الرحمان بن صالح الاطرمي المرجع السابق ص 410

الخاتمة

من خلال الدراسة السابقة نخلص الى أن الوساطة أو السمسرة عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفين يقال له الوسيط أو السمسار بأن يسعى لإيجاد شخص يقبل التعاقد مع الطرف الثاني يقال له العميل أو الموسط مع بذل الجهد لتعريف كل طرف بشروط الطرف الآخر والسعي لتقريب بين وجهات النظر وذلك مقابل عمولة أو اجر.

ويتضح من هذا التعريف خصائص عقد الوساطة فهو عقد رضائي وهو عقد ملزم للجانبين وهو عقد معاوضة وهو عقد محدد القيمة. فضلا عن ذلك فهو من العقود التجارية وهو يستلزم من الوسيط السمسار المحترف درجة من العناية تختلف عن مقدار العناية التي تطلب من غير المحترف.

وعقد الوساطة كنشاط تجارى قد يقوم به شخص طبيعي، كما قد تقوم به شركة شخص اعتباري فإذا قام به شخص طبيعي واتخذه حرفة معتادة له. فانه يتعين عليه ان يلتزم بالالتزامات التجارية لانه باحترافه أعمال الوساطة والسمسرة وهى أعمال تجارية بطبيعتها، يكون قد اكتسب صفة التاجر.

وعقد الوساطة عقد من عقود القانون الخاص وهو عقد تجارى بالنسبة للوسيط السمسار دائما وقد يكون تجاريا بالنسبة لطرفيه. وهناك أربع اتجاهات لتكييفه:

الاتجاه الأول يذهب إلى انه عقد غير مسمى والاتجاه الثاني يذهب إلى انه عقد وكالة والاتجاه الثالث يذهب إلى انه عقد بيع خدمة والاتجاه الرابع يذهب إلى انه عقد مقاولة.

ولقد انتهينا إلى تكييف عقد الوساطة على انه عقد مقاولة، وذلك بالنظر ألي طبيعة عمل الوسيط وكونه عمل مادي وليس تصرفا قانونيا.

وان شروط الانعقاد والصحة بالنسبة لعقد الوساطة أو السمسرة هي نفسها الشروط المقررة في القواعد العامة من توافر الرضى المحل والسبب و خلو الإرادة من العيوب وهناك مجالات عدة يظهر فيها عقد الوساطة كما وقد أوجب المشرع الجزائري ان تتم كل المعاملات المالية المتعلقة بالقيم المنقولة المقبولة في البورصة بواسطة وسطاء معتمدون سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو اعتباريين. إلا أن التكييف الحقيقي لعقد الوساطة الذي محله بيع القيم المنقولة في البورصة هو عقد وكالة بالعمولة وليس عقد سمسرة.

والطبيعة القانونية لالتزامات الوسيط السمسار يعتبرها الفقه التزامات ببذل عناية بوسيلة إذ النتيجة لا تعتمد فقط على مهارة الوسيط السمسار بل تتحكم فيها عوامل خارجية عنه ويعتبر موقف الشخص الذي يبحث عنه الوسيط واحدا منها، ولذلك فان الوسيط السمسار لا يتعهد بتحقيق نتيجة للعميل الموسط وإنما يلتزم ببذل عناية، كما انه لا يتعهد بنجاح المفاوضات، وإنما يتعهد باستخدام كل الوسائل التي من شأنها أن تؤدى إلى نجاحها.

على أن بعض الالتزامات المتفرعة عن الالتزام الرئيسي وهى الالتزام بالإعلام أو بالإفضاء أو كما يسمى عند البعض بالتزام بالتبصير هي التزامات بنتيجة وأن إخلال الوسيط السمسار بهذه الالتزامات يترتب عنه مسئولية مدنية.

والأصل أن الوسيط السمسار لا يتعهد بضمان تنفيذ العقد إذ مهمته تنتهي بمجرد إبرام العقد بين موسط العميل والمتعاقد الآخر ولكن في بعض الأحيان يتعهد الوسيط السمسار بضمان تنفيذ العقد. وهذا ما يسمى بشرط ضمان، ويسمى الوسيط السمسار عندئذ بالسمسار الضامن وعندئذ يكون مسئولا عن تمام تنفيذ العقد فيضمن لعميله يسار المتعاقد الذي يقدمه للتعاقد ووفاء هذا الأخير بكافة الالتزامات، ولا يستطيع الوسيط السمسار التخاص في هذه الحالة من المسئولية إلا بإثبات خطأ العميل وكونه هو السبب في منع المتعاقد الآخر من تنفيذ العقد.

وإذا كان الوسيط السمسار يلتزم بالمحافظة على ما يتسلمه من مستندات آو أوراق أو أشياء متعلقة بالعقد سواءا كانت بضاعة أو مبالغ مالية أو نحوها وهو التزام بتحقيق نتيجة، إلا أن العميل هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الراجع إلى سبب أجنبي لان التزام الوسيط السمسار بالتسليم أو بالرد ليس إلا التزاما عرضيا للالتزام الأصلي فان هذا الالتزام العرضي لا يقابله أي التزام مقابل في ذمة العميل. فيكون تبعة الهلاك على الدائن بالالتزام أي العميل. إلا انه إذا اعذر العميل الوسيط السمسار وحصل الهلاك بعد هذا الأعذار بين يدي الوسيط السمسار فان تبعة الهلاك تنتقل من العميل إلى الوسيط السمسار. إذ يعتبر بعد الاعذار مقصرا في عدم تسليم ما بين يديه للعميل، فيتحمل جزاء تقصيره.

ولقد لاحظنا أن الوسيط السمسار يتحمل المسؤولية إذا ما أخل بواجب الحرص والعناية في تأدية مهمته وان المحكمة هي التي تقدر متى يقع الوسيط السمسار في خطأ أو

إهمال ونظرا لانه مكلف فعليه أن يبذل المزيد من الحرص والعناية لكونه خبير بالعمليات التي توسط فيها وتكون مسئولية الوسيط السمسار عن هذا الإخلال مسئولية عقدية اتجاه العميل ومسئولية تقصيرية اتجاه المتعاقد الآخر، لان التزام الوسيط بالحيدة والأمانة يفرض عليه واجب إعلان الطرفين ولو لم يكن مفوضا إلا من أحدهما بجميع الظروف التي يعلمها عن الصفقة، ومن ثم فهو مسئول قبلهما عما يصدر منه من غش او خطأ جسيم. ولكن أساس مسئوليته اتجاه المتعاقد الآخر هو العمل غير المشروع وليس المسئولية العقدية كما لاحظنا أن الوسيط السمسار قد ينيب عنه غيره في تنفيذ عقد الوساطة دون ان يكون مرخصا له في ذلك فإذا أخل الوسيط السمسار بتنفيذ العمل المكلف به نتيجة لفعل الغير الذي استعان بهم، فان مسؤولية الوسيط السمسار تقوم عندئذ وهى مسئولية عقدية عن عمل الغير.

و لا يجب على العميل في هذه الحالة إثبات خطأ النائب لقيام مسئولية الوسيط السمسار عن عمل الغير. إذ تقوم مسئولية المدين الوسيط السمسار ليس فقط في حالة خطأ النائب ولكن أيضا في حالة الفعل البسيط الذي يصدر منه ، ويؤدى إلى عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام.

أما إذا كان هناك اتفاق خاص بالمسئولية فإنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين الوسيط السمسار عن عدم تنفيذ التزامه التعاقد الناشئ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، سواء في المسئولية العقدية أم في المسئولية التقصيرية.

على انه يجوز أن يشترط المدين إعفاءه من المسئولية العقدية عن فعل الغير الذين يستعين بهم في تنفيذ التزاماته وذلك حتى في حالات الغش آو الخطأ الجسيم من المساعد أو النائب المادة 178 مدني جزائري على إن الاتفاق في هذه الحالة يجب أن يكون صريحا.

وفى مقابل عن ذلك يلتزم الموسط وهو العميل بدفع الأجرة أو العمولة والتي من شروط استحقاقها هو وجود عقد وساطة أي تكليف من العميل للوسيط وثانيا أن يتم العقد موضوع الوساطة وثالثا أن يتم إبرام هذا العقد نتيجة لجهود السمسرة.

ويتحدد اجر أو عمولة السمسار حسب الاتفاق. فقد تكون نسبه مئوية من قيمة الصفقة، وقد تكون هذه النسبة محددة في القانون، وإلا فيجب الرجوع إلى العرف لتحديد أجر السمسار، فإذا لم يمكن فان القاضي هو الذي يقدره، ويمنع على القاضي تعديل أجر الوسيط السمسار إذ انه ليس وكيلا ومن ثم لا يمكن تطبيق أحكام الوكالة وخاصة المادة 2/581 مدني على عقد

السمسرة وباعتبار أن عقد السمسرة هو نوع من عقود المقاولة فان القاضي يمتنع عليه في عقد المقاولة التدخل في تقدير الأجرة المتفق عليها للمقاول.

كما يلتزم العميل برد بعض المصروفات التي بتكبدها الوسيط السمسار ويلتزم أيضا بالتعويض اتجاه الوسيط السمسار إذ لم يتم العقد المتوسط فيه نتيجة للموسط العميل أو خطأ منه وأساس التعويض هو المسئولية العقدية الناشئة عن خطأ العميل في تنفيذ عقد الوساطة كما يسندها البعض إلى نص المادة 566 مدني جزائري والتي تفرض على العميل أو المقاول الذي يتحال من العقد بإرادته المنفردة أن يدفع التعويض للوسيط السمسرة أو المقاول.

هذا ولاحظنا أن عقد الوساطة ينتهي وفقا للطرق المنصوص عليها في القواعد العامة وهى الفسخ لإخلال أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، ولاستحالة التنفيذ الراجعة إلى سبب أجنبي.

كما ينقضي عقد الوساطة باعتباره نوع من عقود المقاولة بطريقين خاصين هما، إنهاء عقد الوساطة بالارادة المنفردة للموسط. وكذلك بموت الوسيط السمسار إذا كانت شخصيته محل اعتبار في التعاقد.

هذا ولاحظنا أن المشرع الجزائري قد أغفل تنظيم عقد الوساطة أي السمسرة، وعلى العكس من ذلك فان المشرع المصري قد استدرك هذا الفراغ التشريعي ونظم أحكام عقد السمسرة في قانون التجارة الجديد الصادر بالقانون رقم 17 سنة 1999.

ولذلك نأمل أن يضع المشرع الجزائري تنظيما لعقد السمسرة، ضمن العقود التجارية، خاصة مع زيادة وكثرة المعاملات المالية التي تتم عن طريق الوسطاء السماسرة مما زاد في أهمية هذا العقد.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

أولا : الرسائل:

1 - **الدكتور عبد الرحمان ابن صالح الأطرم:**

الوساطة التجارية في المعاملات المالية، ، (رسالة دكتوراه), مركز الدراسات والاعلام/دار اشبيليا,الطبعة الأولى 1416ه-1995م .

2 - الدكتور ممدوح محمد مبروك:

أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة وفقا للقانون المدني المصري والفرنسي والفقه الإسلامي و أحكام القضاء، (رسالة دكتوراه) , المكتب الفني للاصدارات القانونية, طبعة 2000.

3- **الدكتور حمدي أحمد سعيد:**

الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والفقه الإسلامي, المكتب الفني للاصدارات القانونية, (رسالة دكتوراه),طبعة1999 .

4 - الدكتورة نصيرة بوجمعة سعدي:

عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، (رسالة دكتوراه) ,ديون المطبعات الجامعية.

5- **الدكتور عبد القادر حسين عطير:**

الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحرى، (رسالة دكتوراه),الدار الجامعية ,طبعة 1984م

6 - الدكتور محمد عبد الظاهر حسين:

المسئولية المدنية للمحامى اتجاه العميل (رسالة دكتوراه), دار النهضة العربية طبعة 1996.

7 - الدكتور محمد عبد القادر الحاج:

مسئولية المنتج والموزع، دراسة في قانون التجارة الدولية مع المقارنة بالفقه الإسلامي،(رسالة دكتوراه),مطبعة الأمانة,سنة 1982.

8 - الإمام أبى العباس شمس الدين أحمد بن إبراهيم بن عبد الغني السروجي:

كتاب آداب القضاء تحقيق ودراسة شيخ شمس العارفين صديقي بن محمد ياسين، رسالة (ماجستير) مقدمة إلى جامعة أم القرى بمكة المكرمة, دار البشائر الاسلامية, الطبعة الأولى سنه 1997-1418.

<u>2 –المراجع العامة:</u>

1 - المحامى هاري ادوار نجيم:

السمسرة والسمسار في القوانين والاجتهادات اللبنانية والأجنبية، الطبعة الأولى بيروت سنه 1985.

2 - الدكتور موريس صادق المحامي بالنقض:

الموسوعة التجارية معلقا عليها بأحداث أحكام محكمة النقض, دار التاب الدهبي 1999.

3- الدكتور مختار أحمد بريري:

قانون المعاملات التجارية العقود التجارية، الأوراق التجارية، الإفلاس، دارالنهضة العرابية , طبعة سنة 1996.

4- الدكتور فايز نعيم رضوان:

الوجيز في العقود التجارية، دارالنهضة العرابية, طبعة 1998.

5 - المستشار الدكتور محمد شتى أبو سعد:

التعليق على نصوص قانون التجارة الجديد الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1999,دار الفكر العربي, طبعة سنه 2000.

6 - الدكتور محمد حمد الله حمد الله:

القانون التجاري، الأوراق التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس، العقود التجارية، دارالنهضة العرابية, طبعة سنه1999.

7 - الدكتورة نادية فضيل:

القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري،ديوان المطبوعات الجامعية.

8 - الدكتور محمود سليمان الشرقاوي:

القانون التجاري، الجزء الثاني العقود التجارية، الإفلاس، الأوراق التجارية، عمليات البورصة ، دارالنهضة العرابية,طبعة سنة1984

9 - الدكتور صلاح أمين أبو طالب:

دور شركة السمسرة في بيع الأوراق المالية، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دارالنهضة العرابية, طبعة 1995.

10 - الدكتور مراد منير فهيم:
القانون التجاري العقود التجارية وعمليات البنوك،منشأة المعارف بالاسكندرية, طبعة 1982.
11- **جلال وفاء محمدين:**
المبادئ العامة في القانون التجاري والبحري,الدار الجامعية, طبعة1991.
12 - الدكتور إدوار عيد :
العقود التجارية وعمليات المصارف، مطبعة النجوى بيروت, طبعة 1968.
13 - الدكتور حلو أبو حلو:
القانون التجاري الجزائري الأعمال التجارية والتاجر، ديوان المطبوعات الجامعية .
14- **الدكتور أحمد حسني:**
قضاء النقض التجاري, منشأة المعارف بالاسكندرية,سنة 1982.
13 - الدكتور حسان حسين البراوى:
عقد تقديم المشورة، دارالنهضة العرابية, طبعة1998.
14 - الدكتور محمد حسام محمود لطفي :
المسئولية المدينة في مرحلة التفاوض، دراسة بين القوانين المصري والفرنسي، الناشر الدهبي للطباعة يسرى حسيناسماعيلالقاهرة, طبعة 1995.
15 - الدكتور عبد الرزاق السنهورى:
- الوسيط في شرح القانون المدني الجزء السابع,منشورات الحلبي الحقوقيةبيروت لبنان طبعة1998
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربى ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
16 -الدكتور سليمان مرقص:
القانون المدني في الالتزامات، المطبعة العالمية,القاهرة ,طبعة 1964.
17- الدكتور عاطف النقيب:
- النظرية العام للمسئولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونيةو أو جهها العملية،ديوان المطبوعات الجامعية, ومنشورات عويدات بيروت باريس الطبعةالثانية 1981 .
- النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ والضرر، ديوان المطبوعات الجامعية, ومنشورات عويدات بيروت باريس الطبعةالثالثة 1984 .
18- الدكتورشوقي أحمددنيا:
الجعالة والاستصناع تحليل فقهي واقتصادي,المعهد الاسلامي للبحث والتدريب البنك السلامي للتنمية,الطبعةالثانية 1998.

19- الامام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني:

فتح الباري ,شرح صحيح البخاري, الجزء الرابع,دار الحديث القاهرة الطبعة الأولى1998.

20 - الدكتور محمد شكري سرور:

موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المصرى، دارالفكر العربي, طبعة الدكتور محمد شكري سرور أولى 1985.

21 - الدكتور عبد الرشيد مأمون:

المسئولية العقدية عن فعل الغير,دارالنهضة العربية, طبعة1986.

22 - الدكتور انطوان قسيس:

آمالي ومحاضرات في القانون المدنى, مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية , طبعة 1965.

23- **الدكتور محمد حسام محمود لطفى:**

الأحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، ، الطبعه الثانية1990.

24 - الدكتور رمضان أبو السعود:

أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية النظرية العامة في الإثبات ،الدار الجامعية, طبعة 1993.

26 - أسعد دياب:

ضمان عيوب المبيع الخفية دراسة مقارنة،دار اقرأ, طبعة الثالثة1983 .

27 - الدكتور أحمد هندى:

ارتباط الدعاوي والطلبات في قانون المرافعات, الدارالجامعية طبعة1991.

28 - الدكتورعلى البارودي:

العقود وعمليات البنوك التجارية،منشأة المعارف بالاسكندرية طبعة ثانية 1968 .

29- الدكتوراكثم أمين:

العقود التجارية، مطبعة نهضة مصر القاهرة.

30 - مصطفى كمال طه:

الوجيز في القانون التجاري، منشأة المعارف بالاسكندرية1973

31 - محسن شفيق:

القانون التجاري الكويتي العقود التجارية،(الأوراق لتجارية الافلاس),طبعة1972 .

32 - الدكتور أحمد محرز:

القانون التجاري الجزائري،الجزء الأول,الطبعة الثانية1980.

33 - سيد الإمام العلامة ابن الطيب صديق ابن حسن ابن على الحسيني القنوجي البخاري:

الروضة الندية شرح الدر البهية,دارالجحيل بيروت لبنان,1992 .
34 - الدكتور عبد المنعم فرج الصده:
أصول القانون دار النهضة العربية، بيروت طبعة 1987.
35 - الدكتور حسن كره:
المدخل للعلوم القانونية، منشأه المعارف الإسكندرية،طبعة 1970.
36- الدكتور محمد حسنين:
الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ,المؤسسة الوطنية للكتاب ,1985 .
37 - الدكتور علي علي سليمان:
النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام, ديوان المطبوعات الجامعية ,طبعة 1990.
- ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري, ديوان المطبوعات الجامعية,طبعة 1992.
38- الدكتور توفيق حسن فرج:
قانون العمل في القانون اللبناني والقانون المصري الجديد , الدار الجامعية .
39 -الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمان:
مدى سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة بإرادته المنفردة, الطبعة العربية الحديثه1981.
41 - الدكتور أنور سلطان:
الموجز في مصادر الالتزام, منشأة المعارف, طبعة 1992
42 - سمير جميل حسن الفتلاوي:
العقود التجارية الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية.
43- الدكتور أحمد هندي:
أصول المحاكمات المدنية والتجارية, الدار الجامعية, طبعة 1989.
44-الدكتور حسن كيره:
أصول قانون العمل عقد العمل ,منشأة المعارف بالاسكندرية ,طبعة الثانية 1983 .
45- الدكتور عبد الناصر توفيق العطار:
نظرية الأجل في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، مطبعة العادة 46
46 - المحامي الياس ابو عيد
,التمثيل التجاري ,الجزء الأول ,مطبعةالمتني التحويطة ,فرن الشباك طبعة سنة 1991.
47 – المحامي بدوي حنا :
الوكالة , الجزء الأول ,منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت لبنان ط ,1998

- المراجع باللغة الفرنسية:

1 –René Rodiere:
cours élémentaire de droit commercial contrat commerciaux, faillites;2eme année sirez 1972.

2- JEAN PIERRE LE GALLE:
droit commercial les effets , les contrats commerciaux, renflouement et la fondation des entreprises 6 eme édition dalloz 1983.

3- George RIPERT:
traite élémentaire de droit commercial 6eme édition par rené ROBLOT paris libraire géneral de droit et de juris-prudance 1979.

4- René RODIERE:
droit commercial , effets de commerce , contrats commerciaux , faillites 6eme éd DALLOZ 1972.

5- PHILIPPE DELEBECQUE:
le contrat d'entreprise DALLOZ 1993.

6 – RENE DEMOGUE:
traite des obligation en générale TOM 7 paris 1925.

7- PHILIPPE LE TOURNEAU:
la responsabilité civile DALLOZ 1982.

8 – FRANCOIS TERRIE PHILIPPE SIMIER YVES LE QUETTEe :
droit civil,les obligation;7 éd DALLOZ.

9- HAMEL LAGARDE et JAUFFRET:
traite de droit commerciaL;tom2;édition;Dalloz.

10 -FRANCOIS COLLART DUTILLEUL;et PHILIPPE DELEBEQUE:
contrats civils et commérciaux 2éd 1993 Dalloz

11- Jean-Jacques BARBIERI:
contrats civils; contrats commerciaux;éd.Masson;1995;p360

12-Jean CARBONNIER:
droit civil;TOM4;lobligation 16 éd1992.

13-Philippe MALAURIE et laurent AYNES:
cours de droit civil les contrats speciaux civil et commerciaux; CUJAS;1992

14- Philippe MALOURIE et AYNES leuren :
t droit civil; les ,obligatoin_éd CUJAS;1992 1

15 -René SAVATIER:
- la vente de services; D; 1971
- les contrats de conseil professionneles en droits privé éd DALLOZ 1992

16- LA RROUMETchristian *:*
droit civi ;l les obligations;le contrat ;T111 3éme éd ;économica ;1996

17- J,C,civil

18-Dalloz ; D; com;T 1

الفهرس

الموضوع **الصفحة**